

UiO : **Det juridiske fakultet**

Barn som begår kriminelle handlinger

Forholdet mellom straff og barnevern

Kandidatnummer: 510

Leveringsfrist: 25. november 2014

Antall ord: 17979



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.1.1	Avgrensning	1
1.2	Metode og rettskilder	2
1.3	Videre fremstilling	3
2	ET RETTSHISTORISK BLIKK	5
3	FORHOLDET TIL BARNEKONVENSJONEN	10
3.1	Grunnprinsipp	10
3.1.1	Hensynet til barnets beste – Barnekonvensjonen artikkel 3	10
3.1.2	Øvrige grunnprinsipp	12
3.2	Behandlingen av unge lovbreakere etter barnekonvensjonen	13
3.2.1	Artikkel 37	13
3.2.2	Artikkel 40	16
4	GRENSEN FOR Å IDØMME UNGE LOVBRYTERE FRIHETSSTRAFF	20
4.1	Formålet med straff	20
4.1.1	Allmennprevensjon	20
4.1.2	Individualprevensjon	21
4.1.3	Forholdet til unge lovbreakere	21
4.2	Adgangen til å idømme ubetinget fengsel	22
4.2.1	Straffeloven § 18	23
4.2.2	Straffegjennomføring – alternativer til fengselstraff	25
4.3	Alternative reaksjonsformer	30
4.3.1	Samfunnsstraff	30
4.3.2	Ungdomsstraff	32
4.3.3	Samfunnsstraff og ungdomsstraff - Forholdet til unge lovbreakere og barnekonvensjonen	36
5	BARNEVERNETS ROLLE	38
5.1	Barnevernets formål	38
5.2	Hovedprinsipper og grunnsyn	38
5.2.1	Barnets beste som grunnprinsipp	39
5.2.2	Mildeste inngreps prinsipp	40
5.2.3	Det biologiske prinsipp	40

5.3	Barnets behov for bistand – barnevernets deltakelse	41
5.4	Plassering og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke	43
5.4.1	Bestemmelsens formål og anvendelsesområde	44
5.4.2	Varighet og alder	46
5.4.3	Institusjonskravet og foreldreansvaret	46
5.4.4	Forholdet til § 4-25 og hensynet til barnets beste	47
6	FORHOLDET MELLOM BARNEVERN OG STRAFF	49
6.1	Forskjellen i formålene	49
6.2	Dobbeltstraff- forholdet til mellom strafferett og barnevern	49
6.3	Fleretattlig samarbeid	52
7	KONKLUSJON	54

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Barn og unge kan bli involvert i en straffesak på to måter; enten som siktet eller fornærmet. Det skal i denne oppgaven tas utgangspunkt i barn og unge som begår kriminelle handlinger. Temaet for denne avhandlingen er således forholdet mellom strafferett og barnevern, herunder straff og behandling av unge lovbyggere.

Det oppstilles betingelser for straffbarhet i Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10. Straffeloven § 46 fastsetter at ingen kan straffes før de har fylt 15 år.

Fra fylte 18 år har barn etter lov av 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (Vergemålsloven) § 2 nådd myndighetsalder, og er etter dette ansett som voksne. Unge lovbyggere over 18 år skal derledes straffes på lik linje som enhver annen voksen. I alderen 15-18 år er det utbredt enighet om at barn som begår lovbrudd trenger beskyttelse. Straff av barn og unge har lenge vært et omdiskutert tema og det har lenge vært diskutert om alternative straffereaksjoner overfor unge lovbyggere vil være mer gunstig og formålstjenelig, enn tradisjonelle straffereaksjoner. I løpet av fremstillingen vil jeg gjøre rede for rettsutviklingen for straff av barn som begår kriminelle handlinger, bruk av fengselstraff og alternative straffereaksjoner overfor barn under 18 år, barnevernets rolle i straffesaker og forholdet til FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

Problemstillingen blir således om straff og behandling av barn under 18 år etter norsk lov er i samsvar med barnekonvensjonen. Det vil her gjøre seg gjeldende flere underproblemstillinger, herunder hvilke straffereaksjoner som kan idømmes barn i stedet for fengselstraff? Hvilke barneverntiltak som kan iverksettes overfor unge kriminelle? Og om straff og behandling bryter med forbudet om dobbeltstraff i menneskerettighetskonvensjonen tilleggsprotokoll nr 7 artikkel 4?

Sentralt i drøftelsen vil være grensen for å idømme unge lovbyggere straff og barnevernets rolle, herunder formålet med straff og behandling, og dagens system sett i lys av barnekonvensjonen.

1.1.1 Avgrensning

Temaet for fremstillingen omfavner et stort område og det er derfor nødvendig med en avgrensning av temaet.

Jeg skal i denne fremstillingen ta for meg unge lovbyggere i alderen 15-18 år.¹ Som nevnt ovenfor er den kriminelle lavalderen i Norge 15 år, jf. straffeloven § 46. Mens personer som har fylt 18 år er myndige etter vergemålsloven § 2. Jeg har derfor valgt å avgrense fremstillingen mot barn under 15 år og personer over 18 år. En slik avgrensing er hensiktsmessig med tanke på at det i denne fremstillingen vil bli gjort rede for vilkårene for å illegge barn i alderen 15-18 år straff, barnets rettigheter etter barnekonvensjonen og barnevernets rolle.²

Fremstillingens del 4 vil ta sikte på en redegjørelse av fengselstraff og alternative straffereaksjoner. Det er kun *straffereaksjoner*³ overfor barn som skal diskuteres i avhandlingen, og det vil derfor ikke bli tatt stilling til barnets rettigheter og særbestemmelser i forhold til prosess, pågripelse, varetektsfengsling og lignende forhold. Med mindre dette er ansett som nødvendig for å gi en helhetlig fremstilling.⁴

Avhandlingen vil primært være en fremstilling av gjeldende rett, men det vil også gis uttrykk for en rettspolitisk diskusjon som har gjort seg gjeldende tidligere og i dagens rettsystem.

1.2 Metode og rettskilder

Fremstillingen redegjør for gjeldende rett og vil bygge på alminnelig juridisk metode og rettskildelære, samt baseres på konvensjonelle rettskilder.

Av legalitetsprinsippet, som er et grunnleggende prinsipp i norsk rett, følger det at ingen kan dømmes uten lov jf. kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814 § 96. Temaet for fremstillingen er forholdet mellom strafferett og barnevern når barn begår kriminelle handlinger, og de sentrale lovene blir med dette straffeloven av 1902 og lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (Barnevernloven). Det vil også legges vekt på andre relevante lover for å redegjøre for straffe- og barnevernsrettslige elementer overfor unge lovbyggere. Norges lovverk er av fragmentarisk karakter og det er derfor nødvendig å supplere en bestemmelse i lovverket med andre rettskilder som har innvirkning på tolkningen og resultatet.

¹ Vil i teksten bli henvist til som “barn”, “mindreårige”, “ungdom” og “unge lovbyggere”. Alle begrepene blir anvendt synonymt med barn i alderen 15-18 år.

² Det blir i denne fremstillingen kun gjort rede for rettshistorien fra kriminalloven av 1842 frem til gjeldende rett, jf. fremstillingens del 2.

³ Det legges her vekt på straffereaksjoner for mer alvorlige forbrytelser, som alternativ til fengselstraff, og konfliktråd osv. vil derfor ikke bli gjort rede for.

⁴ Se fremstillingens punkt 5.3. Dette punktet inneholder strafferettslig prosess, men dette er ansett som særlig relevant for fremstillingen.

Primært i denne oppgaven vil det bli tatt utgangspunkt i lovtekstene. Ved tolkningen vil de relevante rettskildene være ordlyd⁵, lovers forarbeider, rettspraksis, reelle hensyn og internasjonale rettskilder.

I en drøftelse av straff av unge lovbrøyer vil internasjonale rettskilder være en viktig rettskildedefaktorer. Særlig relevant er FNs barnekonvensjon og FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (Menneskerettighetskonvensjonen) av 10. desember 1948. Menneskerettighetskonvensjonen beskytter alle individer, uavhengig av alder, jf. artikkel 1. Det antas likevel at det ikke ble lagt stor vekt på at konvensjonen også omfattet barn. I 1989 ble barnekonvensjonen vedtatt, og konvensjonen tar sikte på å verne og tydeliggjøre barnets stilling og gi barn ekstra rettigheter der det er nødvendig. Norge ble konvensjonspart ved ratifisering av avtalen den 8. januar 1991 og konvensjonen har senere blitt inkorporert i norsk lovgivning gjennom lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven).

Ved tolkningen av barnekonvensjonens artikler skal det legges vekt på den naturlige forståelse av ordlyden. Da barnekonvensjonens bestemmelser kan være lite presise, vil det ofte være nødvendig for konvensjonspartene å fastslå det nøyaktige innholdet av bestemmelsene.⁶ Det følger av Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 31 at en konvensjon skal tolkes i samsvar med deres kontekst, gjenstand og formål. FNs barnekomité gir også ut generelle kommentarer om tolkning av konvensjonens innhold. Disse kommentarene er ikke bindende, men er gitt som retningslinjer for konvensjonspartene i tolkningsprosessen.⁷

Barnekonvensjonen stiller krav til konvensjonspartenes håndtering av barn, og partene er pålagt å overholde disse kravene. Folkeretten vil her være lex-superior overfor annen norsk rett, Jf. menneskerettsloven § 3. Presumsjonsprinsippet som er lagt til grunn i norsk rett, fører til at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. En tolkning av norske lovbestemmelser vil derfor tolkes i retning av at den er forenlig med folkerettens krav.⁸

1.3 Videre fremstilling

I den følgende fremstilling vil det i andre del bli redegjort for straff av unge lovbrøyer i et rettshistorisk perspektiv. I del tre vil det bli gjort rede for barnekonvensjonens artikler som gjør seg gjeldende ved vurderingen av å idømme fengselstraff, alternative straffereaksjoner og

⁵ Ved tolkning av stafferettslige lovbestemmelser hvor det er høye krav til presisjon ved lovtekstens utforming vil ordlyden være særlig viktig.

⁶ Høstmælingen (2012) s. 25

⁷ l.c

⁸ NOU 2008:15 s. 98

barnevernets rolle overfor denne gruppen. Del fire vil gjøre rede for terskelen for at unge lov-
brytere mellom 15-18 år skal bli straffet med frihetsstraff, her med hovedvekt på ubetinget
fengselstraff og alternative straffereaksjoner. I den femte delen vil det følge en gjennomgang
av barnevernets rolle i forhold til unge lovbytere og behandling etter gjeldende rett. Den sjet-
te delen vil bestå av en drøftelse av forholdet mellom straff og behandling. Avhandlingen vil i
åttende del avsluttes med en rettspolitisk drøftelse av de foregående momentene som har blitt
gjort for i fremstillingen.

2 Et rettshistorisk blikk

Personer over den kriminelle lavalder er ansett for å være strafferettslige tilregnelige og skal derfor straffes etter straffelovens bestemmelser som enhver annen som begår lovbrudd. Barn ble tidlig ansett som individer som trengte mer omsorg og vern enn de voksne, og det har i mange år vært diskutert om behovet av et spesielt vern av barn på det strafferettslige plan og behovet for at barn straffes på en aldersadekvat måte. Regulering av barns straffeansvar er derledes av gammel opprinnelse.⁹

Lov angaaende forbrydelser (Kriminalloven) af 20de august 1842 var barn under ti år ikke ansett som strafferettslige ansvarlige. Selv om den absolutte strafferettslige lavalder var 10 år etter kriminalloven opererte loven med to aldersgrense for straff av barn, 10 og 15 år. For barn i alderen 10-15 år ble mindre forseelser ansett som straffefrie, men ved alvorlige forbrytelser kunne de ilegges straff med hjemmel i kriminalloven syvende kapittel § 1. Det var et vilkår for straffbarhet at handlingen var av alvorlig karakter og at retten mente at barnet hadde innsett "Handlingens forbryderske Beskaffenhed". Selv om loven ga adgang til å straffe barn skulle de likevel straffes mildere enn voksne.¹⁰

De to aldersgrensene på 10 og 15 år ble opphevet i 1896 og det ble gitt en absolutt lavalder på 14 år. Den kriminelle lavalderen ble satt til 14 år.¹¹ Straffeloven av 1902 videreførte 14 år som den kriminelle lavalderen, og dette var lavalderen etter straffeloven frem til lovendring i 1987.

Lov av 6. juni 1896 nr. 1 om behandling af forsømte børn (Vergerådsloven) trådte i kraft i 9. juni 1900 og førte med seg et nytt reaksjonssystem overfor unge lovbrøyttere. Riksadvokat Bernhard Getz, som utarbeidet utkastet til vergerådsloven, mente at:

"Problemet med unge lovbrøyttere heller ikke kunne løses ved en utbygging av det strafferettslige systemet. Hele dette området måtte tas opp fra grunnen av, og behandlingen av barn som var tiltalt for lovbrudd, måtte etter hans oppfatning sees i sammenheng med behandlingen av andre barn med særlige behov for vern og opplæring."¹²

⁹ Landskapslovene inneholdt bestemmelser barn og kriminell lavalder.

¹⁰ NOU 2008:15 s. 15

¹¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 15

¹² NOU 2000:12 s. 22

Vergerådsloven fastslo at det nå var oppdragelse som skulle være hovedfokuset og det største virkemiddelet i straff av barn.¹³ Selv om det i større grad ble vektlagt et behandlingshensyn enn et straffehensyn, kunne barn over den kriminelle lavalder fortsatt straffes med hjemmel i straffeloven av 1902, se vergerådsloven § 4.

Loven bygger på en forebyggingstankegang og rådet hadde i samsvar med dette et mandat¹⁴ som omfattet behovet for og muligheten til å føre tilsyn overfor barn. De skulle her føres tilsyn med barns oppvekstforhold, og sørge for at barn hadde tilstrekkelige og gode oppvekstvilkår.¹⁵ Vergerådet skulle med hjemmel i vergerådsloven § 1 ta seg av barn som enten hadde begått straffbare handlinger eller som var ”sædelig forkomne” pga. ”lastefulle foreldre”. De skulle også ha ansvar for barn som var i fare for å bli ”sædelig forkomne” eller som viste atferdsvansker. Loven ble bygget på et forebyggende syn og vergerådet skulle tillegge barnet og dets foresatte så streng advarsel og refselse som rådet anså som nødvendig. Rådet kunne også pålegge barnets foresatte eller skolen å gi barnet passende refselse som loven tillot.¹⁶

Dersom de forebyggende tiltakene som ble iverksatt ikke var vellykkede kunne vergerådet fatte vedtak om å ta barnet ut av hjemme og plassere barnet i ”en paalidelig og hæderlig Familie”, skolehjem eller barnehjem eller en lignende anstalt.¹⁷ På linje med vergerådet kunne også fattigvesenet i samsvar med lov av 19. mai 1900 om fattigvesenet (Fattigloven) plassere barn i hjelpetiltak eller utenfor hjemmet, eksempelvis i fosterhjem eller barnehjem. Fattigvesenet og vergerådet hadde dermed tilsvarende oppgaver og disse hadde ikke alltid et klart skille, men fattigvesenets primære ansvar var å hjelpe foreldreløse barn under 15 år, og familier som allerede fikk fattighjelp. Vergerådets ansvar omfavnet dermed en større gruppe barn og unge.

Etter vergerådsloven § 1 kunne lovbrutere under 16 år i regi av vergerådet plasseres i skolehjem eller tvangsskoler, som et alternativ til fengselsstraffen som tidligere hadde vært den grunnleggende straffereaksjonen, uansett alder. Det ble i forbindelse med dette opprettet forskjellige oppdragelsesanstalter, som skulle være et ledd i barnets dannelse. Den generelle tanken grunnet nå i at barns oppførsel og kriminelle handlinger skyldtes svikt i oppdragelse og omsorg, og barn skulle derfor oppdras i stedet for å straffes. Denne tanken førte til at lov om

¹³ NOU 2008:15 s. 15

¹⁴ Grunnprinsippet i vergerådets mandat har blitt videreført til å være en del av barnevernets mandat og formål, jf. barnevernloven av 1992 § 1-1.

¹⁵ NOU 2000:12 s. 23-24

¹⁶ I.c

¹⁷ Jf. vergerådsloven § 1

oppdragende behandling av unge lovbrøyttere (Arbeidsskoleloven) ble vedtatt 1. juni 1928.¹⁸ Opplæringen ble ikke ansett som straff, men som behandling med oppdragelse som formål.¹⁹

Dette var begynnelsen på et tosporet reaksjonssystem overfor unge lovbrøyttere. Det tosporede systemet introduserte skillet mellom straff og behandling, og det ble i større grad vektlagt et behandlingssyn i stedet for et straffehensyn.

Samtidig som arbeidsskoleloven trådte i kraft ble det startet et arbeid med å utarbeide en ny barnevernlov. Lov av 17. juli 1953 nr. 14 om barneverntjenester (Barnevernloven) videreførte prinsippet som ble innført med vergerådsloven av 1896, hvor oppdragelse ble det prinsipielle middelet overfor barnekriminalitet. Prinsippet ble tydeligere og sterkere lagt til grunn i denne lovgivningen enn det hadde blitt tidligere. Barn som begikk lovbrudd skulle nå ansees som en del av den sosiale omsorgen. Ved utformingen av barnevernloven av 1953 mente barnevernskomiteen²⁰ at straff var en lite formålstjenelig straffereaksjon overfor unge lovbrøyttere. De ønsket nå at det skulle bli foretatt grundige utredninger av det individuelle barnet før det ble iverksatt tiltak.²¹ Det var et behov for særskilte reaksjoner overfor de unge lovbrøytterne, og de ble derfor skilt ut om en egen gruppe. Tiltakene som ble iverksatt skulle være overfor den siktede og dens familie. Dette skulle gjøres i stedet for å plassere barnet i skolehjem eller ungdomsanstalter.²²

Ungdomskriminaliteten økte utover 50-tallet, noe som førte til et behov for en mer effektiv straffereaksjon mot unge kriminelle. Det ble således foretatt vesentlige endringer i straffereaksjonsformene. Ved lov av 9. April 1965 om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbrøyttere m.m. (Ungdomsreaksjonsloven) ble straffereaksjonen ungdomsfengsel innført. Denne reaksjonen skulle avløse arbeidsskoleordningen, og straff ble igjen i større grad hovedmålet. Det ble også innført ungdomsarrest, men denne straffereaksjonen ble aldri iverksatt som alternativ straffereaksjon.²³

Med en avvikling av arbeidsskolen som tidligere hadde blitt sett som et ledd i oppdragelsen, ble ungdomsfengsel ansett som straff. Den nye loven opprettholdt mye av det tidligere systemet rundt arbeidsskolene, men denne straffereaksjonen ble ansett som en mildere reaksjon.

¹⁸ NOU 2008:15 s. 16

¹⁹ l.c

²⁰ Det ble oppnevnt en barnevernskomité i 1947 med mandat til å foreta en omfattende revisjon av den tidligere barnevernloven, Jf. NOU 2000:12 s. 27.

²¹ NOU 2008:15 s. 16

²² l.c

²³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 16

Det ble blant annet nå gitt fradrag for varetektsfengsling, i den totale soningstiden som ble idømt. Den som ble satt i ungdomsfengsel kunne bli holdt der i opptil to år. I likhet med andre reaksjonsformer, ble ungdomsfengsel også kritisert i den juridiske diskusjonen. Disse kritikken fant sin vei, med hovedvekt på usikkerheten rundt tidslengden av oppholdet og usikkerhet med hensyn til løslatelse fra oppholdet. Det ble i tillegg til kritikk om tidsperspektivet ytret tvil om det ville være hensiktsmessig i henhold til formålet å samle ungdomskriminelle i en særegen anstalt. Barn og unge er i et alderspenn hvor de kan lett bli påvirket av miljøet rundt seg, og det ble med tanke på dette vurdert om de hensyne som var ønskelig å opprettholde gjennom ungdomsfengsel, faktisk ble ivaretatt. Statistikken viste at det etter lovens innføring ikke var noen forbedring av tilbakefall-tilfellene enn ved vanlig fengselstraff. Loven ble således opphevet i 1975 og straffreaksjonen ungdomsfengsel ble i tråd med dette avvirket som straffealternativ.²⁴

Ved et feilende straffereaksjonssystem overfor unge lovbyggere ble det for første gang i 1970 diskutert behovet for rehabilitering i rettspleien. Det ble i St.meld. nr. 104 (1977-1978) gjort rede for at rehabiliteringen av straffedømte og tilbakeføringen til samfunnet ikke bare skulle tilfalle justissektoren, og synet på straff av mindreårige ble så flyttet fra straff til et behov for rehabilitering og behandling. Det ble med kriminalmeldingen av 1978 gitt uttrykk for det som er allment akseptert og etablert praksis i dag. Domfelte skulle ikke miste sine borgerrettigheter, og skulle under og etter soning være likestilt med enhver annen borger når det gjaldt offentlige tjenester, herunder helse og opplæring. Som nevnt ovenfor ble det nå lagt vekt på rehabilitering og behandling. Dette synspunktet gjør seg også gjeldende selv om den straffedømte er under 18 år. Dette vises tydelig ved at barns rett til opplæring ikke faller bort dersom barnet blir involvert i et straffbart forhold.²⁵

I kriminalmeldingen ble det også drøftet behovet for alternative straffreaksjoner overfor unge lovbyggere som et alternativ til fengsel. De mest aktuelle alternativene til fengselstraff, samfunnstjeneste og behandling i konfliktråd, ble først etter en lange prøveperioder etablert som straffereaksjoner i 1991. Samfunnstjeneste og behandling i konfliktråd ble nå ansett som alternative straffreaksjoner.

Den strafferettslige lavalderen som hittil hadde vært 14 år, ble ved lov av 12. juni 1987 nr. 51 hevet til 15 år. Loven trådte i kraft i 1. januar 1990.²⁶

²⁴ NOU 2008:15. s. 17, Prop. 135 L (2010-2011) s. 16

²⁵ Prop. 135 L (2010-2011) s. 16

²⁶ Ibid s. 15

Det ble i samme periode som det ble innført alternative straffereaksjoner vedtatt en ny lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (Barnevernloven). Barnevernets formål er etter den gjeldende barnevernlov av 1992 § 1-1 å sikre barn og unges helse og utvikling. De skal bidra til trygge oppvekstvilkår for barn og sørge for at barn får nødvendig omsorg og hjelp til rett tid. Barn skulle ha et eget vern, herunder i strafferettslig og barnevernrettslig sammenheng. I samsvar med dette ønsket om å verne barn, herunder også unge lovbrytere, ratifiserte Norge FNs konvensjon om barns rettigheter 8. januar 1991.

3 Forholdet til barnekonvensjonen

3.1 Grunnprinsipp

FNs barnekonvensjon inneholder fire grunnprinsipper som skal benyttes aktivt og vektlegges i tolkningen av konvensjonens artikler. I barnekomiteens²⁷ generelle kommentar nr. 10 (2007) til konvensjonen ble det gitt uttrykk for at de generelle prinsippene i artikkel 2 om sikring av barnets rettigheter, artikkel 3 om barnets beste, artikkel 6 om retten til liv og artikkel 12 om barnets medvirkning skal anvendes systematisk ved tolkningen av konvensjonens artikler.²⁸

3.1.1 Hensynet til barnets beste – Barnekonvensjonen artikkel 3

Prinsippet om barnets beste var lovfestet i det norske lovverket gjennom barnevernloven, men prinsippet ble gitt en større rekevidde og en mer generell anvendelse ved inkorporering av barnekonvensjonen. I Ot. prp. nr 45 (2002-2003) s. 25 heter det at:

”En inkorporasjon vil etter departementets syn likevel kunne styrke barnets rettsstilling. Det vises i denne sammenheng til barnekonvensjonens artikkel 3 som fastsetter at hensynet til barnet beste skal være et sentralt hensyn i alle forhold som gjelder barn.”

Konvensjonens artikkel 3 hjemler et av grunnhensynene som fremstilles i barnekonvensjonen. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle handlinger²⁹ som berører barnet. Artikkelen konkretiserer således alle handlinger til å omfatte enhver handling ”enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer”. Prinsippet om barnets beste må derfor tillegges betydning ved anvendelse av strafferettslige, så vel som barnevernsrettslige reaksjoner overfor unge lovbrøyttere.

Artikkelens krav om at barnets beste skal være grunnleggende hensyn må etter bestemmelsens ordlyd forstås som at hensynet er sentralt og må tillegges betydelig vekt. Selv om hensynet skal tillegges betydelig vekt, vil dette ikke kunne være et krav om at barnet beste alltid skal være et avgjørende hensyn.³⁰ Det kan finnes konkurrerende hensyn som er ansett som like viktige eller viktigere enn hensynet til barnets beste, disse forholdene kan således gå foran. Dersom harmonisering av hensynene ikke er mulig, må det foretas en avveining av de motstridende hensynene. Siden barnets beste er et grunnleggende hensyn må de motstridende in-

²⁷ FNs barnekomité er et ”kontrollorgan” som kontrollerer at alle konvensjonsparter etterkommer konvensjonens regler. Komiteen møtes ca. fire ganger i året og består av 18 eksperter på barns rettigheter.

²⁸ Generell kommentar nr. 10 (2007) s. 4, Norges fjerde rapport (2008) kap. 3

²⁹ Ordet ”handling” omfatter her gjerninger, atferd, forslag, tjenester, prosedyrer og andre tiltak, så vel som beslutninger som berører barnet, jf. Generell kommentar nr. 14 (2013) s. 6.

³⁰ NOU 2008:15 s. 102

teressene være tungtveiende for å gis forrang.³¹ Hensynet er gitt en så sterk stilling på grunn av barns spesielle situasjon: avhengighet, juridisk status og ofte uten egen stemme.³²

Konseptet om barnets beste er av relativ karakter og må derfor avgjøres fra sak til sak. Komiteen ga i kommentaren uttrykk for at det ville være nyttig å utarbeide en ikke-uttømmende liste over elementer som kan inngå i vurderingen av barnets beste. De oppstilte således en liste over elementer som skal tas i betraktning ved vurderingen. Denne listen inneholder blant annet barnets synspunkter, barnets identitet, bevaring av familiemiljøet og opprettholdelse av relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, sårbarhetssituasjon, barnets rett til helse, og barnets rett til utdanning.³³ I tillegg til disse grunnleggende behov må det i vurderingen også legges vekt på barnets særlige behov.³⁴ I barnekomiteens generelle kommentar nr. 14 (2013) s. 11 heter det at:

”Å fastsette hva som er til barnets beste bør starte med en vurdering av de konkrete omstendigheter som gjør barnet unikt.”

Begrepet er lite behandlet i Høyesterett i sammenheng med barnekonvensjonen artikkel 3, men har derimot vært drøftet i Høyesterett i henhold til barneretten.³⁵ De retningslinjene som er gitt gjennom rettspraksis vil også gjøre seg gjeldende ved tolkningen av hensynet etter barnekonvensjonen. Selv om disse retningslinjene er utredet på et særskilt område, er det fullt mulig å trekke noen generelle retningslinjer som også gjør seg gjeldende på andre områder. Noen momenter som her gjør seg gjeldende er barns grunnleggende behov for omsorg, trygghet, stabil og god voksenkontakt og respekt for barnets egen mening.³⁶

”konseptet om til barnets beste har som mål å sikre både full og effektiv utnyttelse av alle de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen og den helhetlige utviklingen av barnet.”³⁷

Da barnets beste er en grunntanke bak utformingen av konvensjonen kan ikke konvensjonspartene innfortolke handlinger til å være i tråd med barnets beste, dersom handlingen er for-

³¹ NOU 2008:15 s. 103

³² Generell kommentar nr. 14 (2013) s. 9

³³ Ibid. s. 12-16

³⁴ NOU 2008:15 s. 104

³⁵ eksempelvis HR-2014-02068-A og HR-2012-02309-A hvor barnets beste blir vektlagt ved flere anledninger.

³⁶ NOU 2008:15 s. 104

³⁷ Generell kommentar nr. 14 (2013) s. 3

budt i konvensjonen. Konvensjonen refererer eksplisitt til barnets beste i andre bestemmelser og barnets beste er et tolkningsprinsipp for resten av konvensjonen.³⁸

Barnekomiteen understreker i generell kommentar nr. 14 (2013) s. 4 at barnets beste er et tredelt konsept. For det første gir barnets beste en selvstendig rettighet for barnet til å få deres beste vurdert. For det andre er hensynet et grunnleggende og fortolkende prinsipp, dette vil si at dersom det er åpnet for mer enn en tolkning, skal en velge den tolkningen som er mest i samsvar med barnets beste. Hensynet fungerer for det tredje som en prosedyreregulering.

3.1.2 Øvrige grunnprinsipper

Konvensjonens artikkel 2 punkt 1 fastsetter at alle stater som er part i konvensjonen skal sikre rettighetene til ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon. Rettighetene skal sikres uten diskriminering av noe slag. Artikkelen oppstiller således en rekke forhold som det ikke skal diskrimineres mot. Eksempelvis skal et barn som begår gjentatte lovbrudd behandles likt som et som ikke gjør det. Gutter og jenter skal behandles likt selv om statistikken viser at færre unge jenter begår lovbrudd enn unge gutter.³⁹ Det legges til grunn i artikkel 2 at barnet heller ikke skal diskrimineres på grunnlag av forhold som omhandler barnets foreldre eller verge.⁴⁰

Ethvert barn er født med retten til liv, overlevelse og utvikling som er fastslått i konvensjonens artikkel 6. Barnekomiteen mener at denne rettigheten bør føre til en politikk for behandling av unge lovbrøyttere som støtter deres utvikling. Det må her iverksettes systemer for å forebygge kriminalitet blant unge, da kriminalitet sies å ha uønsket dårlig virkning på barns utvikling.⁴¹

”Statene må skape et miljø som respekterer menneskeverdet og sikrer helhetlig utvikling hos alle barn”⁴²

Frihetsberøvelse etter straffelovens bestemmelser vil kunne ha negativ virkning på barnets utvikling. Den harmoniske utviklingen som er ønsket hos barn, vil kunne ta skade og være en hindring for barnets reintegrering i samfunnet.⁴³

³⁸ Høstmølingen (2012) s. 19

³⁹ NOU 2008: 15 s. 33

⁴⁰ Generell kommentar nr. 10 (2007) s. 4

⁴¹ Ibid. s. 5

⁴² Generell kommentar nr. 14 (2013) s. 10

⁴³ Generell kommentar nr. 10 (2007) s. 5

Artikkel 12 fastslår barnets rett til å bli hørt enten direkte eller gjennom en representant. Der-
som barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter har det etter denne bestemmelsen rett til
å ”fritt gi uttrykk” for sine egne synspunkter. Barnets egne meninger skal tillegges vekt i sam-
svar med barnets modenhet og alder.

Barnets rett til å bli hørt gjør seg gjeldende i alle forhold som ”vedrører” barnet, herunder
private forhold og offentlige forhold. Vilåret ”vedrører” blir sjeldent vurdert strengt, og det
er ansett som tilstrekkelig at forholdet har en type virkning for barnet.⁴⁴ Ved offentlige for-
hold fremgår det av artikkelens annet punkt at barnet skal gis anledning til å bli hørt ved en-
hver rettslig og administrativ saksbehandling som angår det. Det er på det rene at saker som
omhandler barn, og har betydning for dem, ikke skal avgjøres over hodet på dem etter artikkel
12. Dette er for å ivareta barnets verdighet, integritet og gi barnet en generell respekt som
mennesker. Dette er ”helt sentralt i anerkjennelsen av barn som selvstendige individer”.⁴⁵

Ved inkorporering av barnekonvensjonen i 2003 medførte artikkel 12 endringer i det norske
lovverket for å styrke barns rett til å bli hørt. Barn har etter gjeldende barnevernlov § 6-3 rett
til å bli hørt ved behandlingen av sin egen barnevernssak fra de er 7 år, se også lov av 8. april
1981 nr. 7 om barn og foreldre (Barnelova) § 31.⁴⁶

Artikkel 3 og artikkel 12 har komplementære roller. Artikkel 3 tar sikte på å realisere barnets
beste og artikkel 12 bestemmer metodikk for barnets synspunkter. Barnets synspunkter må i
samsvar med artikkel 12 tas i betraktning ved vurderingen av barnets beste etter artikkel 3.⁴⁷

3.2 Behandlingen av unge lovbrytere etter barnekonvensjonen

Barnekonvensjonens artikkel 37 og artikkel 40 retter seg særskilt mot de tilfellene hvor et
barn under 18 år er mistenkt, siktet eller dømt for å ha begått en straffbar handling. Disse
artiklene må tolkes i samsvar med konvensjonens grunnleggende prinsipper, med primærvekt
på prinsippet om barnets beste i artikkel 3 og barnets rett til liv og oppvekst i artikkel 6.

3.2.1 Artikkel 37

Frihetsberøvelse er et av de mest inngripende tiltakene som kan iverksettes mot et individ, og
det oppstilles derfor strenge vilkår for bruk av tiltaket. Disse strenge vilkårene er gjennomgå-
ende i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966 artikkel 9,
menneskerettighetskonvensjonen artikkel 5 og barnekonvensjonen artikkel 37.

⁴⁴ Høstmælingen (2012) s. 101

⁴⁵ Ibid s. 90

⁴⁶ Etter endring ved lov av 1. august 2003 nr. 86 om endringer i menneskerettsloven mv.

⁴⁷ Høstmælingen (2012) s. 93

Det følger av SP artikkel 9 at det ”ikke skal være den alminnelige regel” at personer skal sitte varetektsfengsling i avvente av rettssak. Kravet om at dette ikke skal være ”alminnelig regel” er i samsvar med menneskerettighetskonvensjonens krav om at ”ingen må bli berøvet sin frihet” med mindre artikkelen oppstiller unntak, jf. Menneskerettighetskonvensjonen artikkel 5 (1) a-f. Vilåårene for fengsling som oppstilles i disse konvensjonene er ikke ansett som like strenge som barnekonvensjonens vilår om at frihetsberøvelse overfor barn bare skal anvendes som ”siste utvei”.⁴⁸

Det oppstilles strengere vilår for frihetsberøvelse overfor barn da barn er ansett som individer med særlige behov, herunder omsorg og nærhet. Artikkel 37 inneholder derfor fire ledd som hvor alle leddene omhandler barn og frihetsberøvelse.

3.2.1.1 Tortur, dødsstraff og livsvarig fengsel

I FNs konvensjon om barns rettigheter artikkel 37 bokstav a heter det at:

”intet barn skal utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.”

Artikkelen utdyper ikke begrepet tortur, og en bestemmelsen må derledes tolkes i samsvar med FNs tortur konvensjon av 10. desember 1984 artikkel 1. Tortur defineres som:

”Enhver handling hvorved alvorlig smerte eller lidelse, enten fysisk eller psykisk, bevisst blir tilføyet en person i den hensikt å oppnå fra vedkommende eller en tredjeperson opplysninger eller en tilståelse, straffe vedkommende for en handling som denne person eller en tredjeperson har begått eller mistenkes for å ha begått, eller true eller tvinge vedkommende eller en tredje person, eller av hvilken som helst årsak basert på diskriminering av noen art, når slik smerte eller lidelse påføres av eller på tilskyndelse av eller med samtykke eller aksept fra en offentlig tjenestemann eller annen person som opptrer i embets medfør. Det omfatter ikke smerte eller lidelse som alene stammer fra, er forbundet med eller følger av lovlige straffereaksjoner”.

Definisjonen av begrepet tortur som blir gjort i torturkonvensjonen er etter artikkel 1 begrenset til å gjelde i ”denne konvensjonen”, men definisjonen er gitt generell gyldighet og gjør seg derfor gjeldende ved tolkningen av begrepet etter barnekonvensjonen.⁴⁹ Fns generalforsam-

⁴⁸ NOU 2008:15 s. 106

⁴⁹ Ibid. s. 104

ling har gitt uttrykk for at tortur omfatter en grov og bevisst for grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling. Selv om *grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling* blir verken drøftet i torturkonvensjonen eller barnekonvensjonen, må det i samsvar med generalforsamlingens uttalelse kunne legges til grunn skilnaden fra tortur begrepet ligger i handlingens alvorlighetsgrad.⁵⁰

Lovbrytere under 18 år skal etter annet punktum ikke idømmes dødsstraff eller livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse. Bestemmelsen angir ingen unntak, og det kan derledes antas at bestemmelsen skal forstås som at barn ikke kan idømmes dette, uavhengig av alvorligheten på lovbruddet som er blitt begått. Forbudet mot dødsstraff for unge lovbrytere følger også av SP artikkel 6. Denne bestemmelsen er ikke like relevant i Norge da landets lengste straff er 21 år, se fremstillingens punkt 4.2.

3.2.1.2 *Frihetsberøvelse*

I barnekonvensjonens artikkel 37 bokstav b fastslås det at konvensjonspartene skal sikre at barn ikke utsettes for ulovlig eller vilkårlig frihetsberøvelse. Pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av personer under 18 år skal i samsvar med konvensjonen bare benyttes som en siste utvei og bare for en begrenset periode.

Etter artikkel 37 b skal pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn bare skal benyttes som *siste utvei*. Ordlyden tilsier at frihetsberøvende tiltak bare kan iverksettes dersom alternative tiltak er testet først eller ikke kan benyttes. En slik begrensning er ikke å anse som et absolutt forbud mot frihetsberøvelse overfor barn.⁵¹ For at vilkåret *siste utvei* skal kunne gjøre seg gjeldende, må det finnes alternative utveier. Behovet for alternative straffereaksjoner gjør seg her gjeldende.⁵² Enhver strafferettslig frihetsberøvelse er ansett å være belastende for enhver person, og barnekomiteén understreker i generell kommentar nr. 10 (2007) s. 3 behovet for tilstrekkelig alternative tiltak, og fremmer uttrykkelig bruk av disse.

Barnekonvensjonen artikkel 40 punkt 4 oppstiller eksempler på alternative tiltak som kan tenkes å iverksettes som alternativ til frihetsberøvelse etter artikkel 37, se fremstillingens punkt 3.2.2

3.2.1.3 *Menneskelighet og respekt*

Unge lovbryteres rett til å behandles med menneskelighet, respekt og på en måte som ivaretar barnets beste i forhold tils alderen, fremgår av artikkel 37 bokstav c.

⁵⁰ General assembly resolution 3452 art. 1 (2)

⁵¹ NOU 2008:15 s. 106

⁵² l.c

Bestemmelsen oppstiller noen krav til forholdene rundt fengsling av barnet. Det går klart frem av bestemmelsen at barn under 18 år ikke skal fengsles sammen med voksne, med mindre dette er ansett som til det beste for barnet. I Norges fjerde rapport til FNs Komité for barns rettigheter videreføres synspunktet som ble gitt i den tredje rapporten på kravet om å holde unge lovbyrtere adskilt fra voksne.

”På grunn av det lave antall barn under 18 år som til enhver tid befinner seg i norske fengsler ville dette resultert i tilnærmet fullstendig isolasjon om barn og unge skulle holdes atskilt fra de voksne innsatte.”⁵³

Det ble i den fjerde rapporten lagt vekt på at en slik isolasjon ikke vil være ansett som det beste for barnet. Det legges således vekt på at barn som er berøvet friheten likevel skal ha særlig oppfølging fra de ansatte. Denne oppfølgingen skal være ett ledd i forebygging av skadevirkninger den unge lovbyrteren kan pådra seg grunnet fengselsoppholdet.

3.2.1.4 Juridisk bistand og overprøving

Bokstav d hjemler barnets rett til omgående å få egnet bistand, enten det er behov for juridisk eller annen type bistand. Retten som hjemles her er uavhengig av lovbruddets alvorlighetsgrad og karakter. Ordlyden tilsier at barnet skal tilbys bistand så snart det er frihetsberøvet.⁵⁴ Barnet har også rett på en prøvelse av lovligheten av frihetsberøvelsen for en domstol eller annen myndighet. Barnet har også rett til å få en rask avgjørelse dersom det blir ytret ønske om domstolsprøvelse.

Det vil ikke bli redegjort nærmere for artikkel 37 bokstav d som omhandler varetektsfengsling da dette faller utenfor avhandlingens tema.⁵⁵

3.2.2 Artikkel 40

3.2.2.1 Barnets verdighet og egenverd

Det følger av barnekonvensjonen artikkel 40 punkt 1 at:

”Partene anerkjenner at ethvert barn som beskyldes for, anklages for eller finnes å ha begått et straffbart forhold, har rett til å bli behandlet på en måte som fremmer barnets følelse av verdighet og egenverd, som styrker barnets respekt for andres menneskerettigheter og grunnleggende friheter og som tar hensyn til barnets alder og ønskeligheten

⁵³ Norges fjerde rapport til FN (2008) s. 116

⁵⁴ NOU 2008:15 s. 113

⁵⁵ Se avhandlingens punkt 1.1.1.

av å fremme barnets reintegrering, slik at det påtar seg en konstruktiv rolle i samfunnet.”

Denne artikkelen pålegger en konvensjonspart å erkjenne barnets rettigheter når et barn ”beskyldes for, anklages for eller finnes å ha begått straffbare forhold”. Prinsippet om at konvensjonspartene skal erkjenne at barnet skal behandles på en måte som fremmer hans/hennes følelse av verdighet og egenverd gjenspeiler den grunnleggende retten som gis i menneskerettighetskonvensjonen artikkel 1.⁵⁶ Det følger av artikkel 1 at alle mennesker er født frie, og med samme menneskeverd og menneskerettigheter. Denne konvensjonen er av generell karakter, og vil også gjøre seg overfor ethvert barn. Denne grunnleggende rettigheten nevnes også innledningsvis i barnekonvensjonen. Selv om rettighetene som her oppstilles ikke konkretiseres som rettigheter som tillegges det enkelte individet, vil bestemmelsen likevel ha påvirkning på lovgiver og ved tolkning av konvensjonens øvrige bestemmelser. Den bør også fungere som en retningslinje for de aktører som møter unge lovbrøyttere, eksempelvis aktører i strafferettspleien, barnevern eller lignende.⁵⁷

Bestemmelsens krav om å ta hensyn til barnets alder og fremme barnets reintegrering må anvendes, følges opp og respekteres gjennom hele den strafferettslige prosessen.⁵⁸

Barnekomiteen uttalte i generell kommentar nr. 10 (2007) s. 7 at:

”Et av de viktigste formålene med gjennomføring av konvensjonen om barns rettigheter, er å fremme en helhetlig og harmonisk utvikling av barnets personlighet og av barnets talenter og fysiske og psykiske evner”

Dette samsvarer med artikkel 40 punkt 1 om å fremme barnets reintegrering, slik at barnets skal påta seg en konstruktiv rolle i samfunnet.

3.2.2.2 Minsterettigheter

Punkt 2 i artikkel 40 oppstiller en liste over minsterettigheter og garantier for å sikre barn en rettferdig behandling og rettergang.⁵⁹

Etter bokstav a kan et barn ikke beskyldes for, anklages for eller bli straffet for et straffbart forhold som på handlingstidspunktet ikke var forbudt etter nasjonal eller internasjonal lovgiv-

⁵⁶ Generell kommentar nr. 10 (2007) s. 6

⁵⁷ NOU 2008:15 s. 114

⁵⁸ Generell kommentar nr. 10 (2007) s. 6

⁵⁹ Ibid. s. 13

ning. En slik bestemmelse samsvarer med grunnloven § 97 om at ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.

Bokstav b fastslår konvensjonspartenes plikt til å sørge for at barn som beskyldes eller anklages for å ha begått en straffbar handling, innehar visse garantier.

Garantiene som følger av bestemmelsen er

- At barnet er uskyldig til det motsatt er bevist – Dette blir ansett som en grunnleggende beskyttelse av barnets menneskerettigheter. Påtalemyndigheten har bevisbyrden og en eventuell tvil skal komme barnet til gode.⁶⁰
- krav på underrettelse om anklager mot han eller henne – Underrettelse kan eventuelt skje gjennom foreldre eller verge. Det hjemles her også en rett til juridisk (eller annen) bistand
- få saken avgjort uten forsinkelser
- ikke bli tvunget til å avgi vitneforklaring eller innrømme skyld
- Retten til å få resultatet overprøvd av kompetent organ
- Gratis bistand ved bruk av fremmedspråk i rettsprosessen
- Respekt for barnets privatliv – dette er forutsatt å gjelde gjennom hele saksgangen.

3.2.2.3 Tilpassing

Det følger av artikkel 40 punkt 3 at konvensjonspartene skal fremme en strafferettspleie tilpasset unge lovbyggere. Ordlyden retter seg her mot konvensjonspartene og gir dermed ikke rettigheter til barnet.⁶¹ Partene skal etter a) fastsette en strafferettslig lavalder, det blir her ikke oppstilt noen generell strafferettslig lavalder, og etter b) innføre tiltak for behandlingen av unge lovbyggere, uten å gå til rettslige skritt.

Oppfordringen om å innføre tiltak for unge lovbyggere, hvor man ikke går til rettslige skritt, må sees i sammenheng med artikkel 40 punkt 1 hvor det ytres et ønske om å reintegrere barnet i samfunnet og kravet til alternative straffereaksjoner som oppstiller i artikkel 37 b.⁶² Også ved benyttelse av alternative tiltak må menneskerettighetene og rettslige garantier respekteres.

Artikkelens punkt 4 oppstiller eksempler alternative tiltak som kan tenkes å iverksettes. Herunder

⁶⁰ Generell kommentar nr. 10 (2007) s. 14

⁶¹ NOU 2008:15 s. 115

⁶² NOU 2008:15 s. 7, generell kommentar nr. 10 (2007) s. 9

”Omsorg, veiledning og pålegg om tilsyn; rådgivning, friomsorg, plassering i fosterhjem; allmennfaglige og yrkesfaglige opplæringsprogrammer og andre løsninger enn plassering i institusjon”

Bestemmelsen fastslår konvensjonspartens plikt til å ha alternative tiltak tilgjengelig, men oppstiller bare eksempler på tiltak, det er derledes ikke et krav at konvensjonsparten har alle de oppstilte tiltakene tilgjengelig.

4 Grensen for å idømme unge lovbreakere frihetsstraff

4.1 Formålet med straff

”Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde. ”

Dette er den rådende definisjonen av straff som ble formulert av Johs. Andenæs. Denne definisjonen ble tilsluttet av høyesterett i 1977, jf. Rt. 1977 s. 1207.

Det er i Norden i dag den relative straffeteorien (prevensjonsprinsippet) som er dominerende og det blir lagt vekt på nyttevirkningen av straffen.⁶³ Det er ingen hensikt å straffe dersom det ikke gagnar samfunnet. Rettferdighet og humanitet er prinsipper som taler for at gjengjeldelse ikke burde påføres dersom dette ikke hadde noen nytteverdi for samfunnet.⁶⁴

”Gjengjeldelse har ingen egenverdi; en straff som ikke fyller noe praktisk formål, representerer bare en unyttig lidelse.”⁶⁵

Det blir i samsvar med dette praktisert straff med en begrensende faktor. Denne faktoren er at straffen ikke skal være uforholdsmessig i forhold til lovbruddet, og at nytteverdien gjør seg sentral som en begrensning. Straffen skal ikke være strengere enn rettferdig eller nyttig.⁶⁶

Justisdepartementet legger til grunn i forarbeidene til straffeloven at straffens formål er å være med på å styre atferden til lovbreakere i fremtiden. Lovbryteren skal her ledes inn i ønsket atferd og vekk fra den kriminelle handlingslinjen. Dette skal bidra til samfunnet og sameksistens blant samfunnets innbyggere.⁶⁷

Det er vanlig å dele straffens formål; prevensjon – inn i to nyttevirkninger. For det første oppstilles det et allmennpreventivt hensyn og for det andre et individualpreventivt hensyn.

4.1.1 Allmennprevensjon

Straffeloven tar sikte på å vende seg til borgerne med en trussel om straff. Straffetrusselen setter rammene for hva som er lovlig og hva som er straffbart. Dersom straffen skal ha en

⁶³ Det ble tidligere lagt vekt på gjengjeldesprinsippet; også kjent en absoluttestraffeteorier. Straffens formål var hovedsakelig sett som ett ledd i oppfyllelsen av rettferdighet.

⁶⁴ Bratholm (1980) s. 114

⁶⁵ Andenæs (2004) s. 68

⁶⁶ l.c

⁶⁷ Ot.prp. nr 90 (2003-2004) s. 77

forebyggende evne må dette ligge i ”trusselen”⁶⁸ om tilføyelsen av et ”onde”. For å få den ønskede preventive virkningen, må disse straffetruslene håndheves. For maksimal virkning på straffetrusselen forutsettes det derfor at denne trusselen er kjent for statens borgere og håndhevelsen må gjøres kjent for allmennheten. Tomme trusler vil ikke ha noen effekt i praksis.⁶⁹ Straffen har en moraldannende og vanedannende funksjon. Dette forekommer ved at det ved håndhevelse straffetrusselen og straffegjennomføringen vil skape moralske motforestillinger som i mange tilfeller vil motvirke lovbrudd.⁷⁰

4.1.2 Individualprevensjon

Individualprevensjonen tar siktemål på å motvirke at en person som blir straffet, begår nye lovbrudd. Det legges her vekt på at dersom lovbrysteren merker konsekvensen av lovbruddet, vil dette ha en forebyggende virkning og motvirke gjentatt kriminalitet. Det er i disse tilfellene uklart hvilken utstrekning allmennheten har kunnskap om hvilken straffeforfølging som gjør seg gjeldende eller virkningen av straffeforfølgingen.⁷¹

”Det gjelder i hvert enkelt tilfelle å foreskrive den behandlingsmåte som gir størst utsikt til et bra resultat.”⁷²

Mens straffens allmennpreventive effekt er en virkning både av lovens straffetrussel og av at straffer fullbyrdes, er altså straffens individualpreventive virkning et resultat av fullbyrdelsen av straffen som rammer det enkelte individ.⁷³

4.1.3 Forholdet til unge lovbrytere

Når det straffeforholdet omhandler et barn under 18 år, må det tas stilling til om barnet skal straffes grunnet en nyttevirkning eller av hensynet til barnets beste. Barnets beste blir ofte tillagt størst vekt og straffens formål settes i andre rekke. Dette har blitt drøftet i Høyesterett særlig i sammenheng med vurderingen av å idømme unge lovbrytere samfunnsstraff, jf. HR-2013-01121-A. Straff basert på individualprevensjon vil ha en forebyggende virkning og det er ofte dette som legges til grunn ved straff av unge lovbrytere, se fremstillingens punkt 4.3

⁶⁸ Tidligere var hovedsynet på de allmennpreventive virkningen lagt på håndhevelsen av trusselen, eks. henrettelse

⁶⁹ Andenæs (2004) s. 81-85, Bratholm (1980) s. 117

⁷⁰ NOU 2003:15. s. 48/49

⁷¹ l.c

⁷² Andenæs (2004) s. 91

⁷³ Bratholm (1980) s. 16

om alternative straffereaksjoner. Dette vil ha mindre stigmatiserende⁷⁴ virkning overfor barn og hensynet til å resosialisere barnet i samfunnet er større.

4.2 Adgangen til å idømme ubetinget fengsel

Etter straffeloven av 1902 kan enhver lovbrøyer ilegges straff ved straffbare handlinger, jf. Straffeloven § 1.

De alminnelige straffene er etter straffeloven § 15 ansett som fengsel, forvaring, hefte, samfunnsstraff, ungdomsstraff⁷⁵, bøter og rettighetstap. En lovbrøyer kan idømmes en av disse straffene med hjemmel i lov, så lenge lovbrøyeren oppfyller vilkårene for å ilegges straff etter straffeloven. Det følger av grunnloven § 96 og legalitetsprinsippet at adgangen til å ilegge noen straff må være hjemlet i lov. Frihetsberøvelse som ikke har hjemmel i lov, vil stride mot norsk grunnlov, så vel som å være konvensjonsstridig.

Fengselstraff kan idømmes med hjemmel i det konkrete straffebudet, og kan anvendes der det gis adgang til det overfor enhver lovbrøyer, uansett alder. Statistisk sentralbyrå registrerte i 2011 at antall barn i alderen 15-17 år som ble dømt for lovbrudd var 5,109. Av disse fikk 419 en form for fengselsstraff, herunder betinget fengsel, ubetinget fengsel og bot osv.⁷⁶

Lovens § 17 fastslår at fengsel hovedsaklig kan idømmes fra 14 dager til 15 år. I de tilfellene som oppstilles i §§ 60, 61 og 62 utvides fengslingstiden til 20 år, og i tilfeller hvor det er særlig bestemt gir loven adgang til å idømme 21 eller 30 år. Straffeloven inneholder særregler om straff av barn, og barn kan derledes ikke idømmes fengselstraff etter straffeloven § 17 første ledd bokstav b, jf. Straffeloven § 55. Etter straffeloven § 18 kan fengselsstraffen som idømmes lovbrøyerer under 18 år ikke overstige 15 år. Forvaring⁷⁷ kan i praksis medføre livsvarig fengsel ved gjentatt forlengelse.⁷⁸ Bruken av forvaring er begrenset overfor barn, men straffeloven § 39 c åpner likevel for å kunne sette barn i forvaring dersom det "foreligger ekstraordinære omstendigheter". Dødsstraff er ikke aktuelt i Norge, da lovens strengeste straff er 21 års ubetinget fengsel. Dette samsvarer med barnekonvensjonens krav om å ikke idømme lovbrøyerer under 18 år, dødsstraff eller livsvarig fengsel.

⁷⁴ Hove (2011) s. 11. Erving Goffman beskriver stigma som en egenskap ved en person som er *sterkt vanærende*.

⁷⁵ www.konfliktraadet.no. Pressemelding: ungdomsstraffen ble enstemmig vedtatt av stortinget i desember 2013 og trådte i kraft 1. juli 2014.

⁷⁶ www.ssb.no Tabell 152, straffereaksjoner, etter type reaksjon, alder og kjønn

⁷⁷ Forvaring faller utenfor avhandlingens tema, jf. avhandlingens punkt 1.1.1.

⁷⁸ NOU 2008:15 s. 105

4.2.1 Straffeloven § 18

I straffeloven § 18⁷⁹ er det en begrensning i muligheten til å idømme en lovbrøyer fengselstraff. Begrensningen innebærer et strengere krav for å idømme lovbrøyer under 18 år fengselstraff. Det fremgår av § 18 at den som var under 18 år på handlingstidspunktet, bare kan idømmes ubetinget fengselstraff når det er særlig påkrevd.

Begrensningen ligger her i begrepet ”særlig påkrevd”. Paragraf 18 i den nåværende straffeloven av 1902 om fengsling av barn under 18 år, samsvarer med § 33 i den nye straffeloven av 2005.⁸⁰ Denne bestemmelsen er i stor grad ansett som en lovfesting av det som i dag er gjeldende praksis og er således relevant ved tolkning av straffeloven av 1902 § 18.

Det oppstilles et vilkår i strl. § 18 for at bestemmelsen skal kunne anvendes; Lovbrøyeren må ha vært under 18 år på handlingstidspunktet. Dette innebærer at bestemmelsens anvendelsesområde grenser oppad til myndighetsalderen⁸¹ og nedad til den kriminelle lavalder⁸². Handlingstidspunktet er etter ordlyden, det tidspunktet som den kriminelle handlingen som fører til straff ble foretatt. Dersom lovbrøyeren var under 18 år på dette tidspunktet vil straffeloven § 18 skjerpe vilkårene for å idømme lovbrøyeren betinget fengselstraff.

4.2.1.1 Vilkåret ”særlig påkrevd”

Vilkåret ”særlig påkrevd” som oppstilles i straffeloven § 18 er ikke definert i bestemmelsen, og må derfor tolkes ved anvendelsen av bestemmelsen. Etter normal språkforståelse må ”særlig påkrevd” forstås som et påbud om å utvise forsiktighet ved fengsling av barn under 18 år.

Det fremgår av ordlyden at det skal foreligge særlige omstendigheter for at det skal være akseptabelt å dømme barn under 18 år til ubetinget fengsel. I forarbeidene til den nye straffeloven av 2005 heter det at domstolene etter § 33⁸³ skal være ”tilbakeholdne med å bruke fengselstraff overfor unge lovbrøyer.”.⁸⁴ Høyesterett la i Rt. 2007 s. 252 vekt på den nye straffeloven av 2005 ved tolkning av straffeloven av 1902 § 18.⁸⁵ Dette begrunnes med at den nye loven gir uttrykk for lovgivers syn i dag, og at den derfor burde tillegges vekt før den har trådt i kraft.⁸⁶

⁷⁹ Paragraf 18 ble tatt inn i gjeldende straffelov av 1902 med virkning fra 20. januar 2012.

⁸⁰ www.lovdato.no - kort om straffeloven av 2005: Den nye lov om straff av 2005 er vedtatt, men enda ikke trådt i kraft. Det er ikke forventet at loven trer i kraft i sin helhet før tidligst 2014.

⁸¹ Jf. vergemålsloven § 1

⁸² Jf. straffeloven § 46

⁸³ Nåværende § 18 i straffeloven av 1902

⁸⁴ Ot. Prp. Nr 90 (2003-2004) s. 435

⁸⁵ Se også Prop. 135 L (2010-2011) s. 16

⁸⁶ NOU 2008:15 s. 81

Andenæs (2004) påpeker at det må legges vekt på de allmennpreventive hensynene ved avgjørelsen av om noen skal idømmes betinget fengselstraff. Disse allmennpreventive hensynene gjør seg som regel sterkere ved alvorlige forbrytelser, enn ved mindre forseelser. Det må således vurderes hvordan straffen vil påvirke lovlydigheten og om straffen er formålstjenelig. Da saksforholdet innebærer en ung lovbryter under 18 år vil hensynet til barnet tillegges større betydning ved spørsmålet om fengsling enn ved fengsling av en voksen. De allmennpreventive hensynene må her vurderes opp mot hensynet til det enkelte barn.

Høyesterett har i en senere avgjørelse gitt uttrykk for at straffelovens bestemmelser må tolkes i sammenheng med barnekonvensjonen.

”Jeg viser særlig til artikkel 3, som innebærer at barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn ved alle beslutninger som angår barn, og artikkel 37 bokstav b som innebærer at frihetsberøvelse av mindreårige ”skal være en siste utvei, som eventuelt benyttes for et kortest mulig tidsrom”, jf. Rt. 2010 side 1313 avsnitt 14. Også artikkel 40 nr. 4 innebærer at det skal tas særlig hensyn til barn som har begått straffbare handlinger.”⁸⁷

I Ot. prp nr. 90 (2003-2004) heter det at om vilkåret ”særlig påkrevd” er oppfylt ”må vurderes i forhold til lovbruddets art og forholdene ellers”. Det legges således til grunn at dersom det er tilstrekkelig med bruk av andre reaksjonsformer enn fengselstraff skal dette brukes så langt det lar seg gjøre.⁸⁸ Det heter i forarbeidene at dersom andre reaksjoner er tilstrekkelige må disse foretrekkes i stedet for frihetsstraff.⁸⁹ Høyesterett la et tilsvarende syn til grunn i 2013. Førstevoterende uttalte da om tolkningen av vilkåret ”særlig påkrevd” at:

”Jeg oppfatter dette som et nokså strengt vilkår, og antar formuleringen er valgt for å markere at man primært skal vurdere andre reaksjoner, også der den straffbare handlingen ville kvalifisere til ubetinget fengsel dersom den var foretatt av en person over 18 år.”⁹⁰

Loven åpner likevel for at betinget fengsel kan anvendes som straffereaksjon overfor unge lovbrytere, dersom det er tale om en alvorlig straffbar handling. I samsvar med rettspraksis og

⁸⁷ HR-2013-01121-A

⁸⁸ Ot.prp. nr 90 (2003-2004) s. 435

⁸⁹ l.c

⁹⁰ HR-2013-00143-A

lovgivers vilje er hovedregelen at ubetinget fengsel kun burde anvendes unntaksvis og alternative straffereaksjoner bør ha vært testet i forkant av at lovbyteren blir idømt fengselstraff.⁹¹

I St. Meld nr. 20 (2005-2006) ga regjeringen uttrykk for at barn og unger ikke bør fengsles i likhet med voksne, og at det bør fremstilles gode alternative straffereaksjoner overfor unge lovbytere. Høyesterett har i mange saker tatt stilling til om et barn som var under 18 år på tidspunktet hvor den kriminelle handlingen fant sted skal bli straffet med fengsel eller alternative straffereaksjoner. Det gjennomgående svaret har her vært at barn ikke skal straffes med fengselstraff dersom det ikke er særlig begrunnet.⁹² Regjeringen viderefører dette synet på at barn ikke skal straffes, og vil derfor videreføre arbeidet mot å øke bruken av alternative straffereaksjoner overfor unge lovbytere.⁹³

Regjeringens ønske og stortingets vedtak om at fengselstraff kun skal brukes i unntakstilfeller sammenfaller med barnekonvensjonens artikkel 37 b hvor det kreves at frihetsstraff bare skal brukes overfor unge lovbytere der det er tvingende nødvendig og andre reaksjoner er ansett som utilstrekkelige. Dersom barn i unntakstilfeller blir fengslet, må det vurderes om dette er ansett som umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf. Barnekonvensjonen artikkel 37 a.

4.2.2 Straffegjennomføring – alternativer til fengselstraff

Når en domstol idømmer fengselstraff er det kriminalomsorgen som bestemmer når og hvordan denne straffen skal gjennomføres. I lov av 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (Straffegjennomføringsloven) § 10 oppstilles det fem gjennomføringsformer for fengselstraff, herunder lukket fengsel, åpent fengsel, overgangsbolig, utenfor fengsel og som prøveløslatt.

Straffegjennomføring skal være en individuell vurdering av hvert enkelt tilfelle. Dette ble fremmet i straffegjennomføringslovens forarbeider, ved at komiteen ga uttrykk for at:

”Kriminalomsorgen må ha muligheter for en differensiert straffegjennomføring med individuelt tilpassede rehabiliteringstilbud.”⁹⁴

Hovedregelen er etter § 11 at domfelte skal settes i fengsel med høyt sikkerhetsnivå med mindre annet følger av lovens bestemmelser. Dersom den idømte fengselsstraffen er mindre

⁹¹ Lovbyteren kan fortsatt idømmes ubetinget fengsel ved førstegangsovertredelse dersom det er begått ved alvorlig kriminell handling.

⁹² Jf. straffeloven §§ 18 og 55, og barnekonvensjonens artikkel 37c

⁹³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 9

⁹⁴ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) s. 68

enn 2 år skal kriminalomsorgen vurdere om domfelte direkte kan sette i fengsel med lavere sikkerhetsnivå, jf. § 11 fjerde ledd. I særlige tilfeller kan dette også vurderes selv om fengselsstraffen overskrider 2 år, eksempelvis vis domfeltes rehabiliteringshensyn gjør seg sterkt gjeldende. I Prop. 135 L (2010-2011) s. 140 la departementet til grunn at alle domfelte under 18 år burde vurderes til straffegjennomføring i fengsel med lavere sikkerhetsnivå, også der dommen overskrider 2 år, da dette vil dempe belastningen overfor barn og åpner for en progresjonsrettet soning.⁹⁵ Innsettelse etter straffegjennomføringsloven § 11 må vurderes på grunnlag av straffens formål, sikkerhetsmessige grunner og alminnelige rettsoppfatninger.⁹⁶

”All den tid det dreier seg om domfelte under 18 år, vil hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen ha begrenset gjennomslagskraft. Videre må også hensynet til straffens formål tolkes i lys av at en står overfor et barn”⁹⁷

Det følger av § 10 femte ledd at valg av gjennomføringsform overfor barn under 18 år er det personundersøkelse⁹⁸ som danner grunnlaget for valget.

Straffegjennomføringsloven § 10 a gir særregler for innsatte under 18 år. Bestemmelse er vedtatt, men har enda ikke trådt i kraft. Denne bestemmelsen vil ved sin ikrafttredelse ta sikte på å lovfeste en tilretteleggingsplikt overfor unge lovbrytere etter deres behov. Av dette følger det således en undersøkelsesplikt for å kartlegge barnets behov og hvordan disse kan ivaretas under oppholdet. Første ledd gjelder alle fengsler hvor barn er innsatt, og for ungdomsenheter gjelder i tillegg egne regler, se fremstillingens punkt 1.1.2.1 og bestemmelsens første ledd annet punktum.

Bestemmelsens annet ledd gir kriminalomsorgen adgang til å gi nærmere bestemmelse om krav til fengsel hvor barn under 18 år befinner seg, gjennom forskrifter.⁹⁹ Høyesterett la til grunn i Rt. 2010 s. 1313 at dersom domfelte er under 18 år vil tyngdepunktet i avvegingen av allmennpreventive og individualpreventive hensyn forskyves.

4.2.2.1 Ungdomsenheten

I straffegjennomføringsloven § 11 heter det at domfelte med særlige behov bør settes i en avdeling hvor det er tilrettelagt for vedkommendes behov. Det er på det rene at samfunnet anser

⁹⁵ Jf. straffegjennomføringsloven § 11 siste ledd

⁹⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 141

⁹⁷ l.c

⁹⁸ Jf. straffeprosessloven § 161 a

⁹⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 179-180

barn som individer med særlige behov. Disse behovene må også bli forsøkt ivaretatt ved et fengselsopphold.

I Prop. 135 L (2010-2011) s. 31 blir det gjort rede for at det var besluttet å etablere et prøveprosjekt med to særskilte enheter som var underlagt kriminalomsorgen. Disse enhetene skulle legge forholdene til rette for unge lovbrøyttere mellom 15 og 18 år som var varetektsfengslet eller sonet fengselstraff, og ble omtalt som ungdomsenheter. Det ble opprettet en ungdomsenhet ved Bjørgvin fengsel i Bergen i 2009 hvor det var fire plasser tilgjengelig¹⁰⁰, og det var ytterligere seks plasser planlagt på Østlandet. Det ble i departementets forslag lagt vekt på at de mente at det var så viktig at barn fikk et godt faglig tilbud og bedre soningsforhold, at prinsippet om soning nær hjemsted¹⁰¹ må vike.¹⁰²

Som nevnt ovenfor skal barn bare unntaksvis idømmes fengselstraff, og dersom fengselstraff er aktuelt skal ungdommen få et særskilt tilrettelagt opphold.¹⁰³ Ved iverksettelsen av ungdomsenhetene ble det lagt til grunn at barn som skulle i fengsel i utgangspunktet skulle plasseres i ungdomsenhetene.¹⁰⁴ I samsvar med barnekonvensjonen artikkel 37 c vil barn som plasseres i ungdomsenheten ikke være sammen med voksne innsatte.

Departementet gir uttrykk for at tilbudet i ungdomsenhetene som hovedregel burde avsluttes ved fylte 18 år. Den domfelte vil kunne bli værende i enheten inntil seks måneder over myndighetsalder, og en slik overgangsfase er ansett som hensiktsmessig.¹⁰⁵

Det blir lagt vekt på at de fleste barn som blir idømt fengselstraff har sammensatte og svært omfattende hjelpebehov fra aktuelle sektorer, herunder opplæringssektoren, barneverntjenesten osv. De ble lagt til grunn i proposisjonen at straffegjennomføring eller varetektsfengsling i ungdomsenhetene vil innebære de fysiske rammer og restriksjoner som er ansett som nødvendig, men enhetene vil samtidig stå for et godt og helhetlig tilbud som er tilpasset unge lovbrøyttere.¹⁰⁶ Slike ungdomsenheter samsvarer med ministerkomiteens rekommandasjon Rec(2006)2 til medlemsstatene om de europeiske fengslingsreglene punkt 11.1 hvor det heter at barn under 18 år ikke skal holdes i forvaring i fengsel for voksne, men i institusjon som er spesielt

¹⁰⁰ <http://kriminalomsorgen.no/bjoergvin-fengsel-ungdomseininga.5061597-242495.html>

¹⁰¹ Også kjent som nærhetsprinsippet.

¹⁰² Prop. 135 L (2010-2011) s. 143

¹⁰³ Ibid. s. 31

¹⁰⁴ l.c

¹⁰⁵ Ibid. s. 144

¹⁰⁶ Ibid. s. 31

tilpasset formålet. Dette samsvarer også med barnekomiteens uttalelser om behandling og vilkår for frihetsberøvelse, se fremstillingens punkt 1.1.2.3.

Straffegjennomføringsloven § 10 a annet ledd som enda ikke har trådt i kraft hjemler kravet om at ungdomsenhetene skal opprette tverretatlige team. Et tverretatlig team skal sikre at barnets behov ivaretas under oppholdet og vil sikre fleretatlig kunnskap og kompetanse ”som drar i samme rehabiliterende retning”.

”Fra våren 2012¹⁰⁷ består teamet av lederen av ungdomsenheten, en psykolog og en barnevernansatt.”¹⁰⁸

Hjelpeapparatet skal sikre at barn har god og tilstrekkelig oppfølging både under og etter oppholdet gjennom veiledning av personalet og direkte kontakt med barnet. Departementet presiserte viktigheten av at teamene som var tilknyttet en særskilt enhet også gis oppfølgingsansvar av barn under 18 år som soner i ordinære fengsler.¹⁰⁹

Selv om barn får et tilpasset fengselsopphold i ungdomsenhetene blir det uttrykkelig presisert i proposisjonen s. 31 at barn som hovedregel ikke skal idømmes fengselstraff dersom det ikke er *særlig påkrevd*, jf. Straffeloven § 18.

4.2.2.2 Soning i barneverninstitusjon

Etter straffegjennomføringsloven § 12 kan gjennomføringen av straff i særlige tilfeller helt eller delvis gjennomføres ved opphold i institusjon. Bestemmelsen begrenser tilgangen ved å oppstille vilkår for gjennomføringen. Oppholdet må enten være ansett som nødvendig ”for å bedre domfeltes evne til å fungere sosialt og lovlydig”, eller det må foreligge andre tungveie-ende grunner. Ved gjennomføring etter § 12 må dette skje i en heldøgnsinstitusjon.

I forskrift til lov om straffegjennomføring § 3-5 heter det at soningen i hovedsak skal være påbegynt i fengsel før straffegjennomføring i institusjon blir iverksatt. Det er kun ved *særlige og tungtveiende hensyn* at straffegjennomføringen i sin helhet kan gjennomføres i institusjon. Overføring til institusjon kan foretas på et hvert tidspunkt under soning, såfremt det er ansett som hensiktsmessig. Institusjonsoppholdet kan således være et midlertidig opphold under ordinær straffegjennomføring eller den domfelte kan bli innvilget straffegjennomføring etter § 12 for den gjenstående del av den idømte straff.¹¹⁰

¹⁰⁷ Teamet er allerede opprettet, selv om det enda ikke har trådt i kraft.

¹⁰⁸ Prop. 111 S (2011-2012) s. 34

¹⁰⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 145-146

¹¹⁰ Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv. s. 30

Straffegjennomføringsloven § 12 fastslår at kriminalomsorgen ikke skal beslutte gjennomføring i institusjon dersom sikkerhetsmessige grunner taler mot det, eller dersom det er grunn til å anta at domfelte vil undra seg. Ved vurderingen skal det her legges vekt på institusjonens regime, kontrollrutiner og domfeltes forhold, herunder motivasjon, alder, fysisk og psykiske helse.¹¹¹

Det følger av retningslinjene at paragraf 12 ikke omfatter varetektsinnsatte¹¹², og straffeprosessloven § 188 regulerer reglene for fengslingsurrogat i varetektssaker. Dersom straffegjennomføring i barneverninstitusjon skal kunne skje, må reglene i forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon av 15. november 2011 nr. 1103 (Rettighetsforskriften) komme til anvendelse, jf. Forskriftens § 1.

4.2.2.3 Forholdet til barnekonvensjonen

Barnekomiteen uttalte i den generelle kommentar nr. 10 (2007) s. 23 at:

”Ethvert barn som blir berøvet friheten, skal holdes atskilt fra voksne innsatte. Et barn som er berøvet friheten, skal ikke plasseres i et fengsel eller en annen institusjon for voksne. Det er godt dokumentert at plassering av barn i fengsler for voksne setter barnas grunnleggende sikkerhet og deres velferd i fare, øker faren for tilbakefall og reduserer deres muligheter til å bli reintegrert i samfunnet.”

Det blir presisert i Norges fjerde rapport til FNs barnekomité at gjennomføring av straff i institusjon eller utenfor fengsel kan være gode alternativer til gjennomføring av fengselstraff. Dette kan føre til en begrensning av skadevirkningene som fengselsoppholdet kunne påført. St. meld. nr 20 åpnet derfor for en mer aktiv bruk slike alternative straffereaksjoner. Det blir i stortingsmeldingen foreslått en opprettelse av spesialtilpasset tilbud for fengsel- eller varetektsinnsatte barn under 18 år. Det skal legges til rette for at frihetsberøvelsen tar hensyn til barnets alder og individuelle behov. Behovet for familie og nærmiljø som det er gitt uttrykk for i artikkel 37 bokstav c skal sikres. I bokstav c heter det at barnet skal ha rett til å opprettholde kontakt med sin familie under frihetsberøvelsens tidsrom. Denne kontakten skal kunne opprettholdes gjennom brevveksling og besøk. Retten til kontakt med familien kan likevel begrenses dersom det foreligger særlige omstendigheter. Særlige omstendigheter vil her være

¹¹¹ Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv. .s. 31-32

¹¹² Jf. straffegjennomføringsloven § 52

en skjønnsavgjørelse som treffes av kriminalomsorgen og det skal etter ordlyden meget til for at en slik begrensning skal være aktuelt.¹¹³

Gjennomføringsalternativer for fengselsstraff er i overensstemmelse med barnekonvensjonen § 37 c.

4.3 Alternative reaksjonsformer

I tillegg til de strafferettslige reaksjonene som er oppstilt i straffeloven § 15 kan en lovbryster også ilegges andre strafferettslige reaksjoner som reaksjon på et lovbrudd. I den offentlige utredningen om barn og straff¹¹⁴ ble det vist til definisjonen av strafferettslige reaksjoner i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 245 hvor det heter at strafferettslige reaksjoner er ansett som de ”straffene, samt andre reaksjoner som ilegges som følge av at det er begått et lovbrudd, og som skal ilegges i straffeprosessuelle former.”

4.3.1 Samfunnsstraff

Samfunnsstraff er i samsvar med straffeloven § 15 ansett som straff på lik linje med fengselsstraff og ungdomsstraff. Straffeloven gir i § 28 a adgang for retten til å idømme en lovbryster samfunnsstraff i stedet for fengselstraff. Det oppstilles således tre vilkår for å kunne idømme en lovbryster samfunnsstraff.

Den primære fengselstraff må ikke overskride 1 år (bokstav a), hensynet til straff må ikke tale mot en slik straffegjennomføring (bokstav b) og lovbrysteren må samtykke og være bosatt i Norge.

Ettårs¹¹⁵ vilkåret som blir oppstilt i bokstav a skiller i utgangspunktet ikke mellom ubetinget og betinget.¹¹⁶ En begrensning av ettårs vilkåret oppstilles således i paragrafens annet ledd. Det heter her at vilkåret kan fravikes dersom den primære straffen som lovbrysteren eller ville blitt idømt, helt eller delvis ville ha vært betinget.¹¹⁷ I ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 447 ble det gitt uttrykk for at en slik begrensning av vilkåret i første ledd kunne være aktuelt hvor den totale straffen var på 1 år og 6 måneder, og 1 år ble her gjort betinget.

Begrensningen av vilkåret kan også finne sted dersom lovbrysteren var under 18 år på handlingstidspunktet, eller dersom andre særlige grunner taler for en straffegjennomføring i sam-

¹¹³ NOU 2008:15 s. 112

¹¹⁴ NOU 2008:15 s. 71

¹¹⁵ Før utarbeidelsen av straffeloven av 2005 var vilkåret 6 år. Dette ble endret ved lov av 20. mai 2005 og lovendringen trådte i kraft 1. januar 2006. Se. 2008:15 s. 77.

¹¹⁶ NOU 2008:15 s. 76

¹¹⁷ Ibid. s. 80

funnet eksempelvis ved at forholdene som pådømmes ikke er av spesiell grov karakter hver for seg.¹¹⁸

Vilkåret i bokstav b hjemler at hensynet til straffens formål ikke må tale mot en straffegjennomføring i samfunnet. Dette vilkåret må vurderes oppfylt dersom det eksempelvis foreligger grove volds- og seksualsaker. Det må også fortas en vurdering i andre saker hvor det allmennpreventive hensynet gjør seg sterkt gjeldende. Det skal i slike saker holdes tilbake for å idømme samfunnsstraff, også dersom lovbryteren er under 18 år.¹¹⁹

Etter bestemmelsens første ledd bokstav c er det på det rene at vedkommende må samtykke til samfunnsstraff som straffegjennomføringsform og at han eller henne må ha bosted i Norge på tidspunktet for dommen og straffegjennomføringen. Det er etter dette vilkåret ikke krevd at vedkommende må være norsk statsborger for å kunne idømmes samfunnsstraff, men at bosetningen må ha vært av en viss varighet.¹²⁰

4.3.1.1 Subsidiær fengselstraff, timetall og gjennomføringstid

Straffeloven § 28 fastslår at en dom om samfunnsstraff skal inneholde bestemmelser om tidsaspektet, vilkår og subsidiær straff, jf. § 28 a tredje, fjerde og femte ledd. Bestemmelsens tredje ledd fastslår at retten i dom skal fastsette timeantallet for samfunnsstraffen. Dette timeantallet skal etter bokstav a være fra 30 til 420 timer.

Det skal fastsettes en subsidiær fengselstraff som tilsvarer den ordinære fengselsstraffen som ville blitt idømt, og en gjennomføringstid, som skal svare til den subsidiære fengselstraff.

Fjerde ledd åpner for at retten i dom kan pålegge lovbryteren å overholde bestemmelser gitt av kriminalomsorgen (bokstav a) og forby vedkommende kontakt med bestemte personer (bokstav b).

Etter bestemmelsens femte ledd kan det i tillegg til samfunnsstraffen idømmes bot, uavhengig av om det er ansett som straff for lovbruddet (bokstav a), eller ubetinget fengsel. Adgangen til å subsidiært idømme ubetinget fengselstraff ble utvidet til 60 dager i Ot.prp nr 31 (2006-2007). I HR-2013-01121-A s. 9 ble en ung lovbrøyer som på handlingstidspunktet var 17 år og 3 mnd, dømt til 45 dager ubetinget fengselstraff, i tillegg til lovens maksimale antall timer for samfunnsstraff. Dette ble begrunnet med at en straff av dette omfang var aktuelt grunnet at tiltalte har gjort seg skyldig i alvorlige og meget krenkende straffebrudd. Straffen ble her ansett å utgjøre en meget følbar og høyst reell reaksjon.

¹¹⁸ l.c. s. 80

¹¹⁹ NOU 2008:15 s. 77

¹²⁰ Ibid. s. 80

4.3.1.2 Innholdet i samfunnsstraffen – Straffegjennomføring

Samfunnsstraffen ble innført som hovedstraff i straffegjennomføringsloven av 2001, jf. § 10. Samfunnsstraff er en samlebetegnelse på all straff som gjennomføres ute i samfunnet.¹²¹

Etter straffegjennomføringsloven § 53 første ledd bokstav a til c skal timene i samfunnsstraffen grunne i samfunnsnyttigtjeneste, program, eller andre tiltak som er egnet til å motvike ny kriminalitet. Det følger av straffegjennomføringsloven § 53 at kriminalomsorgen i hvert enkelt tilfelle skal fastsette, innenfor de rammer som er gitt av retten, hva som er innholdet i samfunnsstraffen. De må her gjennomføre kartleggingssamtaler med den domfelte, og skal i samarbeid med den domfelte beslutte innholdet i straffen. Tiltakene som iverksettes skal trefes ut fra en vurdering av domfeltes kriminalitet, problemer og behov.¹²² Kriminalomsorgen skal ved valg av tiltak legge særlig vekt på de tiltak som kan fremme domfeltes evne til å bryte sitt kriminelle handlingsmønster og domfeltes evne til å gjennomføre straffen, jf. straffegjennomføringsloven § 53.

Dersom det fremstår som nødvendig av sikkerhetsmessige grunner skal kriminal omsorgen etter bestemmelsens tredje ledd endre innholdet i straffen.

Under straffegjennomføringen er den domfelte pålagt å følge de vilkårene som fremsettes av kriminalomsorgen, jf. straffegjennomføringsloven §§ 54, 55 og 56. Dersom den domfelte ikke overholder de oppstilte vilkår eller plikter som er knyttet til straffegjennomføringen eller begår nye kriminelle handlinger kan samfunnsstraffen avbrytes, jf. straffegjennomføringsloven §§ 58 og 59.

4.3.2 Ungdomsstraff

Ungdomsstraff ble foreslått innført av regjeringen i Prop. 135 L (2010-2011) for å redusere antall barn som blir idømt fengselstraff. Paragraf 28 c i straffeloven trådte således i kraft sommer 2014 og tar sikte på å være et alternativ til fengselstraff for unge lovbrytere.

Ungdomsstraff bygger i likhet med mekling i konfliktråd på prinsippene for restorative justice.¹²³ Som restorative justice begrepet tilsier er dette en teori hvor det vektlegges at en skal gjenopprette den skaden som har blitt påført ved en straffbar handling. Det går klart frem av konfliktrådsloven av 2014 §§ 24-25 at reaksjonen skal bygge på en gjenopprettende prosess.

¹²¹ Ibid. s. 76

¹²² St.meld. nr 37 (2007-2008) s. 132

¹²³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

Partene skal i denne prosessen i fellesskap forsøke å komme frem til en enighet og en forsoning rundt hvordan de skal forholde deg til den straffbare handlingen som er begått.¹²⁴

Målsetningen ved gjenopprettelsesprosessen er at det skal legges vekt på rehabilitering av den/de fornærmede, og den siktede skal stilles ansvarlig for sine handlinger og dens virkninger. Man ønsker på denne måten å forhindre tilbakefall til kriminalitet.¹²⁵ Reaksjoner som baseres på restorative justice kjennetegnes ofte av 4 kjerneverdier: møte, reparasjon, reintegrering og inkludering.¹²⁶

Etter § 28 c kan ungdomsstraff, med stormøte og ungdomsplan etter konfliktrådsloven, idømmes dersom vilkårene i paragrafens første ledd er oppfylt. Vilårene er at lovbrøyteren var under 18 år på handlingstidspunktet, at det har blitt begått gjentatt eller alvorlig kriminalitet, lovbrøyteren som bor i Norge samtykker og hensynet til straffens formål ikke taler for frihetsberøvelse.

Lovbrøyteren må ha vært under 18 år på handlingstidspunktet, men pådømmelse kan likevel skje etter fylte 18 år. Reaksjonen tar i første rekke sikte på å omfavne barn som har begått alvorlig eller gjentatte lovbrudd. Bestemmelsen er således et alternativ til fengselstraff, hvor barnet kan gjennomføre straffen i samfunnet med tett oppfølging. Selv om ungdomsstraff tar sikte på alvorlige lovbrudd blir bestemmelsen i Prop. 135 L (201-2011) s. 115 avgrenset oppad til å ikke skulle anvendes der den er ansett som uegnet, eksempelvis grunnet høy gjentakelsesfare elle ved svært alvorlige lovbrudd. Fengselstraff er her ansett som nødvendig dersom andre tiltak ikke er tilstrekkelige.

For at ungdomsstraff skal være aktuelt må barnet selv samtykke før pådømmelse. Det forutsettes her at barnet får tilstrekkelig opplysninger om hvilke tiltak som er aktuelle ved gjennomføringen av straffereaksjonen. Ungdomsstraff forankres i konfliktrådet og det må derfor sees hen til konfliktrådslovens bestemmelser og innholdet og gjennomføring av ungdomsstraff.

4.3.2.1 Reaksjonens innhold

Reaksjonens innhold er av todelt karakter og består av; ungdomsstormøte og ungdomsplan. Ungdomsstormøtet skal bestå av en ungdomskoordinator som skal sikre at alle relevante aktører er representert under møtet. Aktørene vil her være alle parter som er berørt av saken, her-

¹²⁴ NOU 2008:15 s. 24-25

¹²⁵ NOU 2008:15 s. 24-25

¹²⁶ www.restorativejustice.org

under fornærmede og lovbryster.¹²⁷ Det er lagt til grunn at andre som kan bistå med tiltak skal være representert ved et slikt møte. Møtet skal samle de forskjellige instansene som har tilknytning til saken, eksempelvis skole, barneverntjenesten, helse- og sosialomsorgen osv.¹²⁸ I ungdomsstormøte skal den siktede eller domfelte møte den fornærmede, og ungdomsstormøtet skal i samarbeid utarbeide en ungdomsplan.

Møte kan deles opp i flere møter dersom dette er hensiktsmessig, eksempelvis hvis fornærmede deltar. Det kan da være hensiktsmessig å ha et møte mellom fornærmede og domfelte, og et møte hvor ungdomsplanen fastlegges.¹²⁹ Det er viktig at ungdomsplanen bidrar til å bygge opp den unges ressurser. Tiltak som er knytte til opplæring er derfor av særlig relevant karakter.¹³⁰ Det er ved fastslåing og iverksetting av tiltakene et stort behov for et fleretatlig samarbeid. De relevante aktørene som kan bidra til barnets straffegjennomføring vil være en viktig faktor i barnets rehabilitering og forebygging av gjentatt kriminalitet.

Det er et oppfølgingsteam som har ansvaret for gjennomføringen av tiltakene som blir fastsatt i ungdomsplanen, jf. konfliktrådsloven § 26. Oppfølgingsteamet skal bestå av ungdomskordinator, lovbryster og dens verger, og andre som vil ha oppgaver i gjennomføringen av ungdomsplanen, jf. konfliktrådsloven § 26. Representanter fra kriminal omsorgen og politiet er etter bestemmelsens annet ledd obligatoriske deltagere i oppfølgingsteamet. Ungdomskoordi- natoren er leder for oppfølgingsteamet og har derledes ansvar for at ungdomsplanen blir gjennomført i samarbeid med de andre medlemmene. Det er likevel åpent for at ungdomskoordi- nator delegerer ansvar innad i teamet.¹³¹

Gjennomføringen av ungdomsplanen er i hovedsak frivillig og lovbryster kan dermed når som helst trekke seg. Dersom vedkommende velger å trekke seg fra avtalen må den heller gjennomføre den subsidiære fengselstraff.¹³²

4.3.2.2 Gjennomføring - tid, subsidiær fengselstraff og brudd

Retten kan med hjemmel i bestemmelsens annet ledd fastsette i dom en gjennomføringstid mellom seks måneder og to år på bakgrunn av lovbruddets art.. Dersom barnet ellers ville blitt dømt til ordinær fengselstraff med en varighet som er klart lenger enn to år, kan det fastsettes en gjennomføringstid av ungdomsstraff på tre år, jf. Konfliktrådsloven § 23.

¹²⁷ Konfliktrådsloven § 24

¹²⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 119

¹²⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 127

¹³⁰ Ibid s. 128

¹³¹ l.c

¹³² Ibid. s.127

Utvalget ga i Prop. 135 L (2010-2011) s. 131 uttrykk for viktigheten av at det reageres på brudd av gjennomføringen og at soning av den betingede delen av fengselsstraffen fremstår som en reell mulighet dersom ungdomsplanen ikke gjennomføres fullstendig.

Ved brudd på bestemmelsene i konfliktrådsloven § 25 første og annet ledd, § 27 eller § 28 første ledd kan ungdomskordinator pålegge lovbrysteren å møte til samtale. En slik samtale skal være med på å forhindre nye brudd, og domfelte skal her gjøre klar over konsekvensene av nye brudd. Dersom det er nødvendig skal ungdomskordinatoren, med samtykke fra de andre deltakerne, fastsette vilkår som den domfelte skal overholde eller unnlate, eksempelvis møte for politiet, jf. konfliktrådsloven § 31. Kriminalomsorgen kan etter straffeloven § 28 c fjerde ledd og konfliktrådsloven fremme begjæring til gjennomføring av fengselstraff.

”Ikke all mangelfull gjennomføring av planen bør betraktes som brudd som fører til fullbyrdelse av fengselsstraffen. Det må foretas en konkret vurdering før det tas stilling til hvordan det skal reageres, hvor blant bruddets omfang og barnets motivasjon vurderes.”¹³³

Dersom den domfelte begår en ny straffbar handling under straffegjennomføringen kan påtalemyndigheten med hjemmel i konfliktrådsloven § 32 begjære at den betingede fengselsstraffen fullbyrdes helt eller delvis etter straffeloven § 28 c fjerde ledd bokstav b.

Etter § 28 c fjerde ledd bokstav b kan retten også fastsett en subsidiær fengselstraff. En slik subsidiær fengselstraff vil kunne tilsvare den ordinære fengselsstraffen som lovbrysteren ellers ville blitt idømt. Ungdomsstraffen blir da avbrutt fra det tidspunktet begjæringen oversendes til retten.

Paragraf 28 c oppstiller således i fjerde ledd regler ved omgjøring av straff:

”Ved omgjøringen skal retten ta hensyn til ungdomsstraff som allerede er gjennomført. Ved omgjøring etter fjerde ledd bokstav b kan retten avsi samlet dom for begge handlinger eller særskilt dom for den nye handlingen.”

4.3.2.3 Straffelov av 2005

I den nye straffeloven av 2005 er reglene om ungdomsstraff lovfestet i kapittel 8a om ungdomsstraff. Reglene som i gjeldende lov er lovfestet i § 28 c, vil i den nye loven tildeles ett kapittel. Innholdet i kapittel 8 a samsvarer med innholdet i den gjeldende bestemmelsen om

¹³³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 132

ungdomsstraff, jf. § 28 c. Kapitlet omfavner en mer oversiktlig fremstilling av bestemmelsene om vilkår for å idømme ungdomsstraff, gjennomføring og subsidiære fengselstraff, og brudd på vilkår.

4.3.3 Samfunnsstraff og ungdomsstraff - Forholdet til unge lovbreakere og barnekonvensjonen

Det ble i Ot. prp. Nr 5 (2000-2001) s 126 gitt uttrykk for at samfunnsstraff ofte vil være en god alternativ straffereaksjon overfor unge lovbreakere. Det hender ofte at barnet har behov for en umiddelbar merkbar konsekvens av lovbrudd. Dette synet ble opprettholdt i Prop. 135 L (2010-2011) s. 30 og det ble gitt uttrykk for regjeringens mål om å øke bruken av samfunnsstraff overfor unge lovbreakere. Samfunnsstraff vil i stor grad være mindre belastende for barn som begår lovbrudd, da det medfører enn straff i samfunnet.

”Målet er straff som virker. Ut fra kunnskapen om at fengsel kan vanskeliggjøre domfeltes sosiale rehabilitering, vil departementet i størst mulig utstrekning bruke alternative reaksjons- og straffegjennomføringsformer.”¹³⁴

I Rt. 2010 s. 1313 ved vurderingen av om lovbreakeren skulle idømmes samfunnsstraff i stedet for betinget og ubetinget fengselstraff viste Høyesterett særlig til barnekonvensjonens artikkel 3, artikkel 37 bokstav b og artikkel 40. Disse bestemmelsene gjør seg også gjeldende ved vurdering av ungdomsstraff opp mot barnekonvensjonen.

Som nevnt ovenfor, se fremstillingens punkt 3.2.1.2 inneholder barnekonvensjonen artikkel 37 b et krav om at ”intet barn skal ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet”. Det fremgår av artikkelen at frihetsberøvelse kun skal anvendes som en *siste utvei*. Det vil i samsvar med dette og barnekomiteens uttalelser i den generelle kommentar nr. 10 (2007) være ønskelig å benytte alternative straffereaksjoner overfor unge lovbreakere under 18 år.

Det følger av barnekonvensjonen artikkel 3 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved tolkningen av konvensjonens bestemmelser. Det er sjeldent å anse til barnets beste at barn under 18 år blir straffet med frihetsberøvelse, da en slik berøvelse kan medføre uheldige virkninger overfor barnets utvikling og lignende forhold, jf. barnekonvensjonen artikkel 6 om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling. Barnets beste må i samsvar med artikkel 3 legges til grunn ved vurderingen av om samfunnsstraff eller ungdomsstraff skal idømmes unge lovbreakere.

¹³⁴ St.meld nr 37 (2007-2008) s. 135

Det ble i Rt. 2010 s. 1313 gitt uttrykk for at dersom lovbryteren er under 18 år på gjernings-tidspunktet blir avveiningen av individualpreventive og allmennpreventive hensyn forskjøvet, og det blir det som best tjener barnet som trer i forgrunnen. Det skal tungveieende hensyn til for at det allmennpreventive hensynet ikke ansees ivaretatt ved samfunnsstraff. Det må kunne antas at denne forskyvningen av hensyn også vil gjøre seg gjeldende ved ungdomsstraff, da det også i dette tilfellet er tale om barn under 18 år. Ungdomsstraff er en ny straffereaksjon og det er derfor vanskelig å finne rettspraksis på området.

Det følger av artikkel 40 at konvensjonspartene skal behandle er beskyldt, siktet eller straffet barn på en måte som:

”tar hensyn til barnets alder og ønskeligheten av å fremme barnets reintegrering, slik at det påtar seg en konstruktiv rolle i samfunnet.”

Straff i samfunn etter straffeloven § 28 a og ungdomsstraff etter straffeloven § 28 c, er på bakgrunn av dette ansett å være i samsvar med barnekonvensjonen, jf. artikkel 3, artikkel 37 og artikkel 40.

5 Barnevernets rolle

5.1 Barnevernets formål

Barnevernets mandat er i samsvar med lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 1-1 å sikre at barns behov for og rett til beskyttelse blir mest mulig ivaretatt. Dette mandatet og ønsket om å ivareta barnets beste faller ikke bort selv om barnet blir involvert i en straffbar handling. Forholdet må likeså ivaretas i slike tilfeller, kanskje da mer enn ellers. Barnevernet skal sikre at barn som lever under forhold som kan virke skadelig på deres helse og/eller utvikling, får den hjelpen som er nødvendig. Selv om ethvert barn ikke har ideelle oppvekstvilkår, så har alle barn rett på omsorg og en trygg oppvekst.¹³⁵

”Omsorg er primært og helt grunnleggende for barns og unges utvikling generelt og for god livskvalitet i alle livets faser.”¹³⁶

Det finnes ingen definisjon av begrepet omsorg i barnevernlovgivningen eller ot.prp. nr 44 (1991-1992), men det fremgår av barnevernloven at omsorg er ansett som noe kontinuerlig som den med foreldreansvaret skal yte til barnet i henhold til barnets beste.¹³⁷

I foreldreansvaret som er hjemlet i barnelova § 30 heter det at barnet har krav på omsorg. Begrepet blir delvis operasjonalisert i bestemmelsen, og det heter her at:

”Barnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret. Dei har rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve...

Foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine interesser og behov.

Dei som har foreldreansvaret, er skyldige til å gje barnet forsvarleg oppseding og forsyting. Dei skal syte for at barnet får utdanning etter evne og givnad.”

5.2 Hovedprinsipper og grunnsyn

Norges barnevern har historisk sett hatt tre grunnprinsipper som den nåværende lovgivning og praksis bygger på, herunder: barnets beste, det biologiske prinsipp og mildeste inngreps prinsipp.¹³⁸ Disse prinsippene er i samsvar med grunnprinsippene som er gitt i barnekonvensjonen.

¹³⁵ Prop. 135 L (2010-2011) s. 25, Prop. 106 L (2012-2013) s. 25

¹³⁶ Kvaran (1996) s. 24

¹³⁷ Se bl.a. barnevernloven § 4-12 hvor “mangler ved den *daglige omsorg* (min kursivering) som barnet får” er omtalt.

¹³⁸ Prop. 106 L (2012-2013) s. 81

5.2.1 Barnets beste som grunnprinsipp

Prinsippet om barnets beste er et grunnleggende prinsipp i gjeldende lovgivning og i praktisk arbeid med barn. Prinsippet er grunnleggende i alt barnevernfaglig arbeid og fungerer som en målestokk for barnevernets virksomhet.¹³⁹ Hensynet til barnets beste er lovfestet i barnevernloven § 4-1 hvor det heter at:

”Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapittelet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.”

Denne paragrafen fungerer som en innledende paragraf til lovens kapittel om særlige tiltak. I lovens forarbeider ble det lagt vekt på at hensynet til barnets beste skal bli tillagt avgjørende vekt ved vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes.¹⁴⁰ Hensynet til barnets beste skal være avgjørende ved avgjørelse om å fatte tiltak i samsvar med barnevernloven, men hensynet kan i seg selv ikke begrunne tiltaket. Adgangen til å iverksette tiltak må være lovfestet, i samsvar med legalitetsprinsippet¹⁴¹. Hvis loven gir hjemmel for iverksettelse av tiltak, vil således barnet beste det primære hensynet i vurderingen.¹⁴²

En konkret definisjon av barnets beste finner man ikke i lovgivningen, og vurderingen må bero på en individuell skjønnsavgjørelse innenfor lovens rammer. Barnevernloven § 4-1 annet ledd oppstiller forhold som skal vektlegges ved vurderingen av grunnprinsippets innhold. Paragraf 4-1 annet ledd lyder slik:

”Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.”.

Prinsippet må således tolkes med forankring i loven, psykologiske teorier, rettspraksis og den historiske utviklingen til barndom og barnevern. Barne- og likestillingsdepartementet sa seg ved endring av barnevernloven enig i at:

”tilknytnings- og relasjonskvalitet er et svært viktig moment i barnets vurderinger. Dette er momenter som naturlig skal inngå i den konkrete og helhetlige vurderingen av barnets beste.”¹⁴³

¹³⁹ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

¹⁴⁰ Ot.prp. nr 44 (1991-1992) s. 28

¹⁴¹ Jf. grunnloven § 96

¹⁴² Lindboe (2012) s. 46

¹⁴³ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

Prinsippet om barnets beste samsvarer med grunnhensynet i barnekonvensjonen. Retningslinjene til barnekonvensjonen artikkel 3 må derfor kunne legges til grunn ved vurderingen barnets beste etter barnevernloven.

5.2.2 Mildeste inngreps prinsipp

Det er flere steder i lovgivningen gitt uttrykk for at det ved valg av tiltak skal brukes det minst inngripende. Dette prinsippet er kjent som det mildeste inngreps prinsipp.¹⁴⁴ Dette er at et av lovgivningens grunnhensyn, og fungerer som en del av barnet og foreldrenes rettssikkerhet. Prinsippet vil her virke som en beskyttelsesfaktor mot inngrep fra det offentlige.¹⁴⁵

Prinsippet er indirekte i barnevernloven § 4-12 hjemler adgangen til å overta omsorgen for et barn. Denne adgangen begrenses således i bestemmelsens annet ledd hvor det heter at:

”Et vedtak etter første ledd kan *bare treffes når det er nødvendig* (min kursivering) ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor *ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak* (min kursivering) etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.”

Barnet skal etter artikkel 37 b ikke vilkårlig frarøves sin frihet, og frihetsberøvede straff skal kun benytte som *siste utvei*. Prinsippet om at det mildeste inngrep skal benyttes og prinsippets forholdsmessighetskrav kan etter denne bestemmelsen sies å ”indirekte” fremme artikkel 37 b sine krav til valg av reaksjon overfor barn under 18 år.

5.2.2.1 Forholdet til barnets beste

Som ledd i vurderingen av tiltak må ønsket om å benytte det mildeste inngrepet vurderes opp mot prinsippet om barnets beste. Kan barnets beste ivaretas ved iverksetting av det mildeste inngrepet? Ved tvil må det legges størst vekt på barnets beste. Dette samsvarer med bestemmelsens vilkår om at § 4-12 ikke skal anvendes dersom det kan skape *tilfredsstillende forhold for barnet* ved hjelp av andre tiltak. Det mildeste inngreps prinsipp forhindrer ikke adgangen til å iverksette inngripende tiltak dersom det er ansett som *nødvendig*.

5.2.3 Det biologiske prinsipp

Det norske rettssystemet legger til grunn et hensyn hvor foreldre skal oppdra sine egne barn, og at barnet skal vokse opp hos sine foreldre. Dette er en av grunnverdiene i vårt samfunn og ansett som barnets beste. Det tillegges stor egenverdi at barnet skal vokse opp i sin familie,

¹⁴⁴ Lindboe (2012) s. 24

¹⁴⁵ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82

selv om det foreligger mangler ved forholdene.¹⁴⁶ Tiltak fra barnevernet skal først og fremst bidra til at barnet kan bo hjemme hos sine foreldre.¹⁴⁷ Dette hensynet kommer indirekte til uttrykk i barnevernloven § 4-12.

Dette grunnleggende prinsippet samsvarer med menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8 om retten til respekt for familielivet. Prinsippet er likeledes fastslått i barnekonvensjonen artikkel 9 som hjemler barnets rett til å ikke bli vilkårlig skilt fra sine foreldre, med mindre det er til barnets beste.

5.2.3.1 Forholdet til barnets beste

Selv om prinsippet har sterk forankring er det fremdeles anledning til å ta barn ut av hjemmet, dersom det er nødvendig, jf. barnevernloven § 4-12.

Havik (2003) hevder at relasjoner som bygger på utviklingsfremmende grunnlag er positivt for barnet, mens kontinuitet i utviklingshemmende relasjoner derimot kan være skadelig for barnet. Eksempelvis ved vedvarende omsorgssvikt. En slik situasjon kan være mer skadelig for barnet enn en separasjon fra den omsorgssviktende.¹⁴⁸ Barnets beste må ikke svekkes grunnet et sterkt vern av det biologiske prinsipp.¹⁴⁹ Det må her foretas en vurdering om det biologiske prinsippet ivaretar barnets beste, og i likhet med forholdet som omtales i fremstillingspunkt 5.2.2.1 må barnets beste gis forrang hvor det foreligger motstridende forhold.

5.3 Barnets behov for bistand – barnevernets deltakelse

Forholdene rundt varetektsfengsling av lovbyggere under 18 år er regulert i lov om rettegangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) § 183. Ved pågripelse av unge lovbyggere pålegger § 183 tredje ledd påtalemyndighetene å underrette barneverntjenesten om fengslingen. Departementet foreslo i Prop. 135 L (2010-2011) s. 55 å skjerpe politiets varslingsplikt til barnevernet ved å lovfaste plikten som allerede ble praktisert. Departementet la til grunn at en slik lovfasting ville føre til at barneverntjenesten kom raskt i kontakt med barnet, slik at nødvendige undersøkelser foretas, relevante tiltak kan iverksettes, eller vurdering av varetekts-surrogat og nødvendig oppfølging av barnet kan gjennomføres.

I samsvar med § 183 tredje ledd heter det påtaleinstruksen § 9-2 at dersom det er aktuelt å begjære fengsling av barn skal barneverntjenesten i kommunen underrettes. Det blir her lagt til grunn at det er kommunen hvor barnet oppholder seg som er ansvarlig for deltakelse i

¹⁴⁶ Prop. 106 L (2012-2013) s. 82, Lindboe (2012) s. 23

¹⁴⁷ Bunkholdt (2008) s. 33

¹⁴⁸ Ibid. s. 34

¹⁴⁹ Ibid. s. 35

fengslingsmøter. Barneverntjenesten er etter straffeprosessloven § 183 tredje ledd pålagt å møte ved hvert fengslingsmøte. Det oppstiller således en adgang for domstolen til å begrense denne møteplikten, dersom det er ansett *åpenbart unødvendig* med deres deltagelse utover det første fengslingsmøte. Kravet om at barneverntjenesten skal være tilstede på ethvert møte, grunner i at belastningen for barnet øker ved lenger fengsling. Barnets behov for omsorg vil øke tilsvarende med dette og mange barn kan ha behov for oppfølging under og etter oppholdet. Det kan også være ønskelig med deltakelse ved flere møter da det kan tenkes at ny kunnskap om barnet og dets behov har kommet til rette.¹⁵⁰

Bestemmelsens tredje ledd fjerde punktum sier at:

”Barneverntjenesten skal uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om det arbeidet som pågår med å iverksette tiltak.”

Det ble ved departementets vurderinger lagt vekt på at det ikke ville være avgjørende om barnevernet kjente til barnet på forhånd. De ble uansett ansett å kunne bistå retten med faglige vurderinger og råd. Departementet legger til grunn at barneverntjenesten har adgang til å foreta en generell redegjørelse av mulige tiltak, herunder varetekstsurrorter, uten å bryte taushetsplikten¹⁵¹.¹⁵² Samarbeidet kan også bidra til bedre ivaretagelse av den siktede og vedkommendes interesser. Departementet viser til barnekonvensjonen artikkel 3 hvor det heter at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i vurderinger og handlinger som omfatter barn.¹⁵³

5.3.1.1 Barnevernloven § 3-5

Møteplikt etter barnevernloven § 3-5 som ble foreslått i Prop. 135 L (2010-2011) s. 56 sagt å være en konsekvens av politiets melding om fengslingsmøte. Denne paragrafen tar sikte på å fastslå barneverntjenestens plikter overfor barnet i slike tilfeller. En slik bestemmelse samsvarer med barnevernloven § 3-2 hvor det er lovfestet at barnevernet har ansvar for å medvirke til at barnets interesser ivaretas av andre offentlige organer.¹⁵⁴

Da bestemmelsen har lik formulering og likt formål som straffeprosessloven § 183 tredje ledd må det legges til grunn at departementets uttalelser i Prop. 135 L (2010-2011) om at endring-

¹⁵⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 56

¹⁵¹ Barnevernloven § 6-7 og forvaltningsloven §§ 13-13f og taushetsplikt.

¹⁵² Prop. 135 L (2010-2011) s. 56

¹⁵³ Ibid. s. 54-56

¹⁵⁴ Ibid. s. 55

er i straffeprosessloven § 183 også gjør seg gjeldende ved forståelsen av bestemmelsen i barnevernloven.

5.3.1.1.1 Barnevernets ansvar når barnet er fengslet

Departementet ga i Prop. 106 L (2012-2013) s. 166 uttrykk for at barnevernet også innehar et ansvar for de barna som blir fengslet ved at de har ansvar for alle barn som lever under skadelige forhold, jf. barnevernloven §1-1. Barnevernet skal også ved fengsling ta sin del av ansvaret for barn og unge, og hjelpe de som trenger det etter endt opphold. Dette innebærer likevel ikke at barnevernet overtar kriminalomsorgens ansvar.¹⁵⁵

Det ble i samsvar med dette lagt til et annet ledd ved barnevernloven § 3-5.¹⁵⁶ Det ble vedtatt at bestemmelsens annet ledd skulle lovfeste barneverntjenestens plikt til å opprettholde jevnlig kontakt med kriminalomsorgen og barnet under fengslingen. Barneverntjenesten skal i samsvar med annet ledd være et ledd i oppfølging og tiltak under oppholdet og ved endt opphold.¹⁵⁷ I bestemmelsen siste punktum heter det at en slik oppfølging av barneverntjenesten skal regnes som et tiltak som er iverksatt før barnet har fylt 18 år, jf. Barnevernloven § 1-3 annet ledd. Det ble i høringsnotatet foreslått at dette også måtte gjelde de som fyller 18 år under fengselsoppholdet.¹⁵⁸

5.4 Plassering og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke

Barn og unge som uttrykker atferdsvansker kan med hjemmel i barnevernloven § 4-24 tvangsplasseres på institusjon.¹⁵⁹ Denne reglen om tiltak ved alvorlige atferdsvansker som bestemmelsen stiller, er grunnet i hensynet til barnets rettssikkerhet. Tiltaket er her primært rettet direkte mot barnet, og ikke mot foreldrene slik det ville vært ved en omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12. Det er imidlertid mulighet for å iverksette tiltak som er rettet mot foreldrene samtidig som et tiltak som er rettet mot barnet, jf. Ot. Prp nr. 44 (1991-1992) s. 59.¹⁶⁰

Dette er et gjennomgående mål fra regjeringen og stortinget at barn under 18 år ikke skal fengsles, se Prop. 135 L (2010-2011). Det blir således gitt uttrykk for at barnevernet sin rolle skal økes. Barnevernet skal aktivt være et ledd i oppfølging av disse barna, og andre tiltak

¹⁵⁵ Prop 106 L (2012-2013) s. 166

¹⁵⁶ Barnevernloven § 3-5 annet ledd ble vedtatt juni 2013, men har enda ikke trådt i kraft.

¹⁵⁷ Lovvedtak 92 (2012-2013)

¹⁵⁸ Høringsnotat (2012) s. 100

¹⁵⁹ Tvangsplassering etter § 4-24 er barnevernets selvstendige ansvar og det er barnevernet som må vurdere iverksettingen av tiltaket, evt. iverksetting av andre tiltak.

¹⁶⁰ Lindboe (2011) s. 74

etter barnevernloven er aktuelle. Herunder opphold i barnevernsinstitusjon, jf. Barnevernloven §§ 4-24 og 4-26, eller tiltak i hjemmet, jf. Barnevernloven § 4-4.

5.4.1 Bestemmelsens formål og anvendelsesområde

Formålet med atferdstiltak, etter § 4-24 uten samtykke eller § 4-26 med samtykke, kan bare være omsorg og behandling av hensyn til barnet. Herunder også observasjon og undersøkelse for å komme frem til et passende behandlingstilbud i og utenfor institusjon. Spørsmålet blir således hva som skal legges i begrepet behandling. Bunkholdt (1993) definerer behandlingsbegrepet ved at:

”Behandling er den prosess som pågår når en tilbyr et menneske nye erfaringer, gjennom læring, slik at dets sterke negative, (selv)ødeleggende følelser, tanker og atferd reduseres, og innslaget av mer positive, konstruktive holdninger og atferd øker”¹⁶¹

I samsvar med dette blir reaksjoner og tiltak overfor barn med problematferd ofte omtalt som behandling. Behandlingen begrunnes her ved ønsket om å endre barnets problematferd. Ved tilpassing av reaksjoner overfor unge lovbrøyttere legges det vekt på rehabilitering og forebygging av ny kriminalitet. Behandlingsbegrepet blir i denne sammenheng sagt å omfatte psykologiske, pedagogiske og sosialfaglige tiltak som blir omtalt som miljøterapi. Behandling er således et ledd i rehabilitering og forebyggingsfasen hvor det forsøkes å motivere, veilede og støtte unge lovbrøyttere gjennom sosial påvirkning.¹⁶²

Forholdet mellom barnevern og straff er derfor et omdiskutert tema i en slik sammenheng.¹⁶³ Tiltak for barn og unge med atferdsvansker kan ikke begrunnes av et strafferettslig synspunkt eller av samfunnets behov for beskyttelse.¹⁶⁴

Tiltaket må også være ansett å ha en nytteverdi og det ble i NOU 2004:23 s. 127 uttalt at:

”Grunntanken bak barnevernets plasseringer av barn i fosterhjem og institusjon er at de vil ha det bedre der enn hjemme, og institusjonsoppholdet anses altså i seg selv som nyttig”

Dersom en handling har liten nytteevne, vil det være mindre grunn til å utsette andre for den skaderisikoen det innebærer.¹⁶⁵

¹⁶¹ Bunkholdt (1993) i kvaran (1996) s. 38

¹⁶² NOU 2008:15 s. 24

¹⁶³ l.c

¹⁶⁴ Lindboe (2011) s. 74, Lindboe (2012) s.136

Bestemmelsen anvendes bare dersom barnet ikke samtykker til institusjonsplassering¹⁶⁶, eller dersom barnet er under 15 år og foreldrene motsetter seg plassering i institusjon. Grunnvilkåret for å anvende tvangsplassering etter § 4-24 er *alvorlige atferdsvansker*. I lovens forarbeider ble barn med alvorlige atferdsvansker presisert til å innbære barn i en tilspisset eller kritisk situasjon grunnet en av de tre alternativene som loven således oppstiller i første ledd:

”Et barn som har vist alvorlige atferdsvansker

- ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet
- ved vedvarende misbruk av rusmidler eller
- på annen måte

kan uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret for barnet, plasseres i en institusjon for observasjon, undersøkelse og kortidsbehandling”

Det vil i denne fremstillingen være vilkåret *alvorlig eller gjentatt kriminalitet* som gjør seg gjeldende. Dette kriteriet vil i første rette omfatte alvorlige volds- eller sedelighetsforbrytelser. Vinnings- eller formuesforbrytelser vil ofte falle utenfor dette vilkåret siden forbrytelsene sjelden er ansett som alvorlige nok i seg selv. Selv om slike forbrytelser i seg selv ikke oppfyller alvorlighetskravet kan forbrytelser av en slik karakter faller omfattet av begrepet ”gjentatt kriminalitet” ved en serie av forbrytelser.¹⁶⁷ Lindboe (2012) påpeker at et førstegangstilfelle av alvorlig kriminalitet kan være grunnlag for å anvende § 4-24, men at det for øvrig ved vurderingen av om ett av vilkårene er oppfylt må stilles krav til atferdsvansker over en tidsperiode. Tvistemålsutvalget ga i NOU 2001:32 s. 521 uttrykk for at beviskravet for om det foreligger alvorlig atferdsvansker i form av alvorlig eller gjentatt kriminalitet vil være like streng som ved en straffesak, se også Rt. 2003 s. 1827 avsnitt 38.

Det er fylkesnemda som har kompetanse til å treffe vedtak etter barnevernloven § 4-24. Vedtaket etter § 4-24 kan overprøves, men det er etter tvisteloven § 36-1 nr. 2 et vilkår at det foreligger et aktuelt virksomt tiltak. På den tiden det vil ta en slik sak å nå domstolen, vil barnets institusjonsplassering ha opphørt, og saken vil avvises hvis vilkåret som oppstilles i tvisteloven ikke foreligger. Det finnes derfor lite rettspraksis på området.

¹⁶⁵ NOU 2004:23 s. 127

¹⁶⁶ Etter fylte 15 år et barnets samtykke nok til å iverksette frivillig institusjonsplassering, jf. Barnevernloven § 4-26.

¹⁶⁷ Lindboe (2011) s. 74, Lindboe (2012) s. 137

5.4.2 Varighet og alder

Paragraf 4-24 gir adgang til tvangsplassering og tilbakehold på institusjon hvor det blir utvist alvorlige atferdsvansker. Et slikt tiltak etter § 4-24 første ledd varer i fire uker. Med mulighet til å forlenge plasseringstiden med ytterligere 4 uker i et nytt vedtak. Etter annet ledd kan plasseringstiden forlenges med opptil 2 år i særlige tilfeller. Denne adgangen til forlengelse etter annet ledd, grunner i at et barn som nevnt i første ledd trolig har behov for en mer langvarig behandling. Det blir i forarbeidene presisert at tvangsvedtak gjelder den tvang det er *adgang* til å iverksette. Alle tidsrammene som er fastsatt i loven er maksimumstider, og det kan ved ethvert vedtak om § 4-24 fastsettes kortere tidsperioder.¹⁶⁸ Samtidig er barnevernet ikke pålagt å holde barnet i institusjonen for hele den tiden som er satt i vedtaket dersom dette ikke er formålstjenelig.¹⁶⁹

Loven fastslår at dersom et tiltak er iverksatt før barnet fyller 18 år, kan tiltaket gjennomføres slik det er bestemt i vedtaket selv om barnet når myndighetsalder i løpet av oppholdet. Implisert i dette ligger en begrensning av adgangen til å iverksette tiltak. Tiltaket kan kun iverksettes overfor *barn* under 18 år. Loven oppstiller ingen nedre aldersgrense, men det presiseres i Ot. Prp. Nr 44 (1991-1992) s. 59 at det i praksis skal opereres med en nedre aldersgrense på ca. 12 år. Barnet vil ved et tiltak etter § 4-24 alltid være part i saken etter barnevernloven § 6-3. De som innehar foreldreansvaret for barnet vil også være selvstendige parter i saken.¹⁷⁰

Et vedtak etter § 4-24 skal etter bestemmelsens formål og i samsvar med § 4-1 vurderes i lys av hva som er til det beste for barnet. Departementet forutsatte her at det skulle legges vekt på barnets interesser og ikke foreldrenes.¹⁷¹ Det er i samsvar med § 4-24 sitt formål, ikke barnevernets ansvar å beskytte samfunnet mot barn med atferdsproblemer, og det må her legges vekt på hensynet til barnet, dets situasjon, dets behandling og behov, Jf. Forarbeidene s. 59.

5.4.3 Institusjonskravet og foreldreansvaret

Barnevernloven § 4-24 fjerde ledd lyder slik:

”Et vedtak etter første og annet ledd kan bare treffes dersom institusjonen faglig og materielt er i stand til å tilby barnet tilfredsstillende hjelp sett i forhold til formålet med plasseringen.”

¹⁶⁸ Lindboe (2012) s. 139

¹⁶⁹ Ot.prp. nr 44 (1991-1992) s. 61

¹⁷⁰ Lindboe (2011) s. 75

¹⁷¹ Ot.prp nr 44 (1991-1992) s. 59

Det fastsettes her at det må fattes vedtak om en bestemt institusjon. Fylkesnemda må her ta stilling til om den aktuelle institusjonen kan gi barnet den hjelpen som er nødvendig. Dette settes her ingen begrensninger for at institusjonen skal være av statlig karakter, jf. § 4-27. Kommunale institusjoner eller alternative tiltak gjør seg her gjeldende som institusjonsalternativer. Det kan også være aktuelt med tvangsplassering i psykiatrisk institusjon under lov av 2. juli 1999 nr 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.¹⁷² Dersom vedtaket ikke er iverksatt innen 6 uker, vil vedtaket falle bort i samsvar med § 4-24 siste ledd siste punktum.

Det ble i forarbeidene til barnevernloven 1992 gitt uttrykk for at det burde legges opp til at institusjonsbehandling burde kunne kombineres med at foreldrene fortsatt har foreldreretten. Ved en slik ordning vil barnet kunne bo hos foreldrene ved brudd på institusjonsoppholdet.¹⁷³ I samsvar med disse uttalelsene skal det ikke avtales samvær med foreldrene ved opphold i institusjon etter § 4-24, da et slikt tiltak ikke innebærer en omsorgsovertakelse.¹⁷⁴

5.4.4 Forholdet til § 4-25 og hensynet til barnets beste

Vilkårene i § 4-24 må sees i sammenheng med lovens § 4-25 som gjør rede for fremgangsmåten ved vedtak etter § 4-24. Etter første ledd skal barneverntjenesten vurdere om det heller bør iverksettes hjelpetiltak etter § 4-4, i stedet for institusjonsplassering etter § 4-24. Institusjonsplassering etter § 4-24 er et inngripende tiltak, og det må derfor vurderes om det er til barnets beste å iverksette et slikt tiltak, jf. Barnevernloven § 4-1. Dette er en lovfesting av det mildeste inngreps prinsippet som er et grunnleggende prinsipp i barnevernsretten og i barnevernets praksis, jf. Fremstillingens punkt 5.2.2. Utgangspunktet om at frivillige hjelpetiltak må være utprøvd før iverksetting av tvangstiltak, er forankret i både menneskerettighetskonvensjonen og barnekonvensjonen.

Selv om det tiltak etter § 4-24 ikke er en omsorgsovertakelse, vil disse synspunktene gjøre seg gjeldende overfor ønsket om å benytte det mildeste inngrepet overfor barnet. Dersom hjelpetiltak etter § 4-4 er tilstrekkelig, vil dette være foretrukket overfor institusjonsplassering etter § 4-24.

Det fremgår § 4-25 tredje ledd at barneverntjenesten kan la være å iverksette tiltak etter § 4-24 dersom forholdene tilsier det. Adgangen til denne løsningen forankres i at atferdsproblemer ofte er situasjonsbetinget, og helst bør løses uten bruk av tvang. § 4-25 første ledd hjem-

¹⁷² Lindboe (2011) s. 75

¹⁷³ Ot.prp nr 44 (1991-1992) s. 58

¹⁷⁴ Lindboe (2012) s. 142

ler også barnevernets plikt til å planlegge og iverksette nødvendige hjelpetiltak som oppfølging etter avsluttet institusjonsopphold.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Ot.prp nr 44 (1991-1992) s. 63

6 Forholdet mellom barnevern og straff

6.1 Forskjellen i formålene

Straffen har siden samfunnets opprinnelse vært særpreget av en negativ karakter. Selv om den var ment til å ha en avskrekkende funksjon og hensikt, har den i de senere årene blitt svekket ved at straffens onde har blitt mer humanisert og spørsmålet om behandling som straffealternativ har fått større plass i strafferettspleien. Grensen mellom behandling og strafferetten som tidligere var av markant karakter, har i dag blitt en gradvis flytende linje.

Den distinktive forskjellen mellom straff og behandling ligger i forskjellene i formålene.

Som det tidligere har blitt gjort rede for i denne oppgaven grunner straffehensynet og behandlingshensynet i to forskjellige formål, og dermed to forskjellige ønskede virkninger.¹⁷⁶ Spørsmålet om straff etter straffeloven og spørsmålet om behandling eller institusjonsopphold etter barnevernloven er to forskjellige avgjørelser, med mindre straffesaken blir ansett å omhandle det samme straffbare forholdet som barnevernssaken finner sitt grunnlag i, se fremstillingens punkt 6.2 om dobbelstraff.

Selv om det tosporede systemet som Norge i dag følger fører til at det blir trykte linjer mellom disse to reaksjonene er linjen ikke alltid like klar. FNs barnekomité sa i sin generelle kommentar nr. 10 (2007) at det ved behandlingen av unge lovbrytere må legges vekt på en helhetlig politikk. En slik politikk må omfatte hovedelementene:

”forebygging av barne- og ungdomskriminalitet, intervensjoner uten å gå til rettslige skritt og intervensjoner innenfor rammen av rettslige prosesser, en minstealder for å være strafferettslig ansvarlig og en øvre aldersgrense for å regnes som mindreårige i straffrettslig sammenheng, garantier for en rettferdig rettsprosess og frihetsberøvelse, herunder varetektsfengsling og soning av idømt fengselsstraff.”¹⁷⁷

6.2 Dobbelstraff- forholdet til mellom strafferett og barnevern

Ved at en straffesak overfor unge lovbrytere følger det ordinære straffesystemet og ikke samkjøres med en barnevernssak, kan et barn bli straffet etter de strafferettslige reglene i straffeloven og i tillegg bli plassert på institusjon etter barnevernloven § 4-24. Denne dobbeltbehandlingen av barnet er en konsekvens av det gjeldende tosporede systemet som Norge har i dag. Er dette tosporede systemet således et brudd på forbudet mot dobbeltstraff etter Men-

¹⁷⁶ Se fremstillingens punkt. 4.1, 5.1 og 6.2

¹⁷⁷ Generell kommentar nr. 10 (2007) s. 7

neskerettighetskonvensjonen tilleggs protokoll nr 7. Artikkel 4 (heretter referert til som EMK TP 7 artikkel 4) ?

EMK TP 7 art. 4 lovfester prinsippet om at ingen skal kunne bli straffeforfulgt gjentatte ganger. Det heter i artikkel 4 at

”No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

Spørsmålet blir således hva som ligger i begrepet *criminal proceedings*. Siden dom i *Göktan mot Frankrike* i 2002 har den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) fastholdt at straff etter EMK TP 7 artikkel 4 er unisonkonformt med straffebegrepet i artikkel 6 og artikkel 7. Et straffebegrep i samsvar med disse bestemmelser skal avgjøres på grunnlag av engelkriteriene; nasjonal klassifikasjon, den overtrådte handlingsnorms karakter og alvoret av den sanksjon som vedkommende risikerer. I EMDs senere avgjørelse har det blitt påpekt at straffebegrepet etter EMK TP 7 artikkel 4 må fastlegges på grunnlag av en helhetsbedømmelse med flere relevante momenter, i tillegg til engelkriteriene. Det skal her legges vekt på om sanksjonen er ilagt etter at straffeskyld har blitt konstatert, og prosessen som ligger til grunn for å idømme sanksjonen.¹⁷⁸

Forskjellen i straffeloven og barnevernlovens formål gir en støtte for at det er tale om forskjellige forhold ved straff og institusjonsplassering. Formålet i barnevernloven, jf. Barnevernloven § 1-1 er å yte hjelp til barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse eller utvikling, og herunder ivareta barnets beste gjennom oppveksten. Prinsippet om barnets beste er en grunnleggende faktor i barnevernloven og barnevernets arbeid med barn og unge, jf. Barnevernloven § 4-1. Formålet med straff er straffens allmennpreventive- eller individualpreventive virkning, som indirekte fremmer et gjengjeldelsesprinsipp. EMD har i flere avgjørelser gitt uttrykk for at formålet med bestemmelsen er at det skal forbys en ny straffeforfølgelse av samme karakter, nå straffeforfølgelsen er avsluttet. Det ligger i dette at sanksjonen må være av straffende karakter og ha et *klart straffende formål*.¹⁷⁹ Dette trekker i retning av at forholdet mellom institusjonsplassering etter barnevernloven § 4-24 og straff etter straffelovens bestemmelser ikke er å anse som dobbeltstraff etter EMK TP 7 artikkel 4.

¹⁷⁸ Skoghøy (2007) s. 193

¹⁷⁹ Ibid. s. 194

Forholdet mellom barneverntiltak og straff har tidligere vært diskutert i Høyesterett ved flere anledninger. Det strenge skillet mellom barnevern og strafferett ble tilsynelatende endret ved en høyesterettsdom i 2003.¹⁸⁰ Høyesterett la her til grunn at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 ville være å anse som straff.

”Når tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 er å anse som straff dersom plasseringen er begrunnet i alvorlig eller gjentatt kriminalitet, oppstår spørsmålet om slik sak for fylkesnemnda sperrer for etterfølgende straffesak for de samme forhold (dobbelstraff), jf. EMK protokoll 7 artikkel 4. Dette spørsmålet har vært prøvet av Høyesterett i de ovennevnte kjennelser. I Rt. 2003 s. 1827 kom Høyesterett til at tvangsplassering var å anse som en straffereaksjon som sperret for senere straffesak om samme forhold.”¹⁸¹

Høyesterett ytret i dommen fra 2003 et krav om fleretattlig samarbeid. Påtalemyndighetene og barnevernsmyndighetene måtte kunne koordinere slike tiltak etter straffeloven og barnevernloven.

I en etterfølgende avgjørelse i 2004 kom Høyesterett frem til at atferdsplassering ikke stengte for en mulig etterfølgende straffeforfølgelse.¹⁸² Dette grunnet i at institusjonsplasseringen ble ansett å ta siktemål på et helt annet forhold enn straffeforfølgingen. Skilnaden i formålet for straff og formålet for behandling ble lagt til grunn, og resulterte i at rettspraksis tok en annen retning enn den antydte i 2003.¹⁸³ Dette synet har således blitt opprettholdt i senere rettspraksis.

Høyesterett avsa i 2012 en dom hvor førstevoterende kom til konklusjonen at det måtte legges til grunn at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 må ansees som straff i EMK TP 7. Artikkel 4 når barnevernsaken og straffesaken grunner i de samme faktiske forhold. Førstevoterende kom likevel frem til at det forelå lovlig parallellbehandling av de to sakene. Denne uttalelsen ble lagt til grunn ved at politiets primæroppgave ble ansett å stå i kontrast til barnevernets primæroppgave etter barnevernloven § 1-1, selv om begge måtte ta hensyn til barnets beste, jf. Barnevernloven § 4-1 og barnekonvensjonen artikkel 3.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Rt. 2003 s. 1827

¹⁸¹ Ot.prp. nr 76 (2005-2006) s. 103

¹⁸² Ibid. s. 103 og Rt. 2004 s. 1368

¹⁸³ Lindboe (2012) s. 263 og Ot.prp nr 76 (2005-2006) s. 103

¹⁸⁴ HR-2012-01323-A

”Det er vanskelig å se for seg at disse to til dels motstridende hensynene kan ivaretas på en fullgod måte i én prosess under et myndighetsorgan. Etter min mening bør det være rom for delt kompetanse og dermed adgang til parallellforfølgning i en sak som den foreliggende, forutsatt at det er tilstrekkelig saklig og tidsmessig sammenheng mellom prosessene.”¹⁸⁵

Det har tidligere vært ansett som sikker norsk barnevernrett at tiltak etter barnevernloven § 4-24 ikke er straff i straffelovens forstand.¹⁸⁶ På bakgrunn av høyesteretts avgjørelse i 2012 må det legges kritisk til grunn at tiltak etter paragraf 4-24 er ansett som straff, men det distinktive skillet som gjør at det ikke ansees som dobbeltstraff etter EMK TP 7 artikkel 4 grunner i formålsforskjellen. Atferdstiltak etter § 4-24 blir bare iverksatt etter en vurdering av hva som er til barnets beste, og vil derfor ikke falle under det formålet som straff har. Det foreligger her et vesentlig skille mellom ønsket om å behandle og ønsket om å straffe. Institusjonsplassering i samsvar med lovens bestemmelser vil ikke være ansett som allmennpreventivt og vil ikke være ansett som straff.

6.3 Fleretatlig samarbeid

”Barn og unge lever ikke sine liv innenfor sektorgrenser”¹⁸⁷

Mange barn har omfattende og sammensatte problemer, og det er dermed nødvendig med hjelp fra flere instanser. Det er i lovverket, samt lovforarbeider og stortingsmeldinger gitt uttrykk for viktigheten av et fleretatlig samarbeid.

”For å forebygge negativ utvikling må samfunnet sette inn ressurser for å avdekke kriminaliteten som skjer i barne- og ungdomsmiljøene. Bærekraftig forebygging krever samarbeidsevne og –vilje, i tillegg til strukturer som tillater og legger til rette for felles innsats mellom ulike folk, og etater.”¹⁸⁸

Det må her foreligge et fleretatlig samarbeid for å sikre det beste for barnet, jf. Barnevernloven § 4-1 og barnekonvensjonen artikkel 3.

Barnevernloven § 3-2 lovfester et prinsipp om at barnevernet skal samarbeide med andre deler av forvaltningen. Det heter her at

¹⁸⁵ HR-2012-01323-A s. 10

¹⁸⁶ Se Lindboe (2012) s. 263

¹⁸⁷ Bunkholdt (2008) s. 155

¹⁸⁸ Handlingsplan (2005-2008) s. 6

”Barneverntjenesten skal samarbeide med andre sektorer og forvaltningsnivåer når dette kan bidra til å løse oppgaver som den er pålagt etter denne loven. Som ledd i disse oppgavene skal barneverntjenesten gi uttalelser og råd, og delta i den kommunale og fylkeskommunale planleggingsvirksomhet og i de samarbeidsorganer som blir opprettet.”

Det er i denne fremstillingen gitt uttrykk for et gjennomgående ønske fra staten og FNs barnekomité å iverksette tiltak for barn så tidlig som mulig dersom det er behov for det. Ved kriminalitet er det et ønske å kunne iverksette tiltak uten å gå til rettslige virkemidler, eksempelvis gjennom hjelpetiltak etter barnevernloven. Dersom det er ansett nødvendig med strafferettslige tiltak skal fengselsstraff bare idømmes dersom der er *særlig påkrevd*. Det ønskes her å iverksette eventuelt strafferettslige tiltak med lavere sikkerhet med hensyn til barnet.

Forebyggende arbeid vil i stor grad være avhengig av tidlig inngripen en slik inngripen er svært egnet for barn i risiko for å utvikler kriminell løpebane og gir best resultater.

”Gjennom en helhetlig forebyggende innsats blir behovet for reparasjon mindre”¹⁸⁹

Det heter i St. meld. nr 20 (2005-2006) s. 32 at selv små tiltak som kan bidra til å hindre en negativ utvikling blant barn vil ha stor verdi.

¹⁸⁹ Prop 135 L (2010-2011) s. 25

7 Konklusjon

I samsvar med hovedtemaet og problemstillingen for avhandlingen har målet vært å fremstille forholdet mellom strafferett og barnevern, herunder behovet for alternative straffereaksjoner, for å således knytte disse elementene opp mot folkeretten. Avhandlingen fremstiller barnets rettigheter i henhold til barnevernkonvensjonen, særregulering av barn i strafferettslig sammenheng og behandling av barn med kriminell atferd i regi av barnevernet.

Det fremgår av avhandlingen at ønsket om å benytte alternative straffereaksjoner i stedet for fengselstraff er stort, jf. straffeloven § 18 og stortingsdokumenter. Avhandlingen tar derledes sikte på å drøfte alternativene til fengselstraff. Det er her lagt vekt på de straffereaksjonene som er tenkt anvendt på mer alvorlige forbrytelser, hvor fengselstraff ellers ville vært aktuelt. De straffereaksjonene som således idømmes barn er fengselstraff, samfunnsstraff og ungdomsstraff. Tvangsplassering i institusjon etter barnevernloven § 4-24 er ikke oppstilt som et straffealternativ i straffeloven § 15, men er ansett som behandling. Et slikt tiltak kan iverksettes overfor barn med alvorlige atferdsvansker, som blant annet grunner i alvorlig og gjentatt kriminalitet jf. barnevernloven § 4-24. Høyesterett la i 2003¹⁹⁰ til grunn at et slikt tiltak også var å anse som straff. Spørsmålet ble således om straff etter straffeloven og behandling etter barnevernloven ville bryte med forbudet mot dobbelstraff i menneskerettighetskonvensjonen tilleggsprotokoll 7 artikkel 4.

Det fremgår av rettsutviklingen at tiltak etter barnevernloven § 4-24 er ansett som straff, men at den grunnleggende forskjellen i formålene¹⁹¹ til straff og behandling fører til at en lovbrøyer både kan møtes med både straffereaksjon og barnevernstiltak uten at dette er ansett som dobbelstraff etter menneskerettighetskonvensjonens bestemmelser. Dette formålss skillet ligger fast som et prinsipp og blir ivaretatt gjennom lovgivningen. Men selv om det foreligger en forskjell i formålene, finnes det likevel en forening ved ønsket om å ivareta barnets beste.

Konklusjonen på hovedproblemstillingen blir på bakgrunn av avhandlingen at straff og behandling av unge lovbrøyttere etter norsk lov er i samsvar med barnekonvensjonen.

¹⁹⁰ Rt. 2003 s. 1827

¹⁹¹ Og deres siktemål.

Litteratur

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett.* 5. Utg. Oslo, 2004.
- Bratholm, Anders. *Strafferett og samfunn: Alminnelig del.* Oslo, 1980.
- Bunkholdt, Vigdis og Mona Sandbæk. *Praktisk barnevernarbeid.* 5. Utg. Oslo, 2008.
- Hove, Olav. *Stigma. Teoretiske tilnærminger til stigma og forholdet mellom stigma og sosiale ytelser – en kritisk drøfting.* Oslo, 2001.
- Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge.* 2. Utg. Oslo, 2012.
- Lindboe, Knut. *Barnevernrett.* 6. Utg. Oslo, 2012.
- Lindboe, Knut. *Barnevernloven.* 7. Utg. Oslo, 2011.
- Kvaran, Inge. *Miljøterapi. Institusjonsarbeid med barn og ungdom.* 1. Utg. Oslo, 1996.
- Skeie, Jon. *Den norske strafferett. 1: Den alminnelige del.* 2. Utg. Oslo, 1946.

Artikler

Skoghøy, Jens Edvin A. *Menneskerettsdomstolens straffebegrep.* I: Lov og rett. (2007), s. 193-194. Hentet fra www.idunn.no

Lovgivning

Norske Lover

- | | | | |
|------|--|--------------------|---------|
| 2014 | Lov om konfliktrådsbehandling (Konfliktrådsloven) | Av 20. juni 2014 | Nr. 49. |
| 2010 | Lov om vergemål (Vergemålsloven) | Av 26. mars 2010 | Nr. 09. |
| 2005 | Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) | Av 17. juni 2005 | Nr. 90. |
| 2003 | Lov om endringer i menneskerettsloven mv. | Av 01. august 2003 | Nr. 86 |
| 2001 | Lov om gjennomføring av straff mv. (Straffegjennomføringsloven) | Av 18. mai 2001 | Nr. 21. |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) | Av 21. mai 1999 | Nr. 30. |

1999	Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (Psykisk helsevernloven)	Av 02. juli 1999	Nr. 62.
1992	Lov om barneverntjenester (Barnevernloven)	Av 17. juli 1992	Nr. 100.
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)	Av 05. mai 1981	Nr. 25.
1981	Lov om barn og foreldre (Barnelova)	Av 08. april 1981	Nr. 07.
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven)	Av 10. februar 1967	
1902	Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)	Av 22. mai 1902	Nr. 10.
1814	Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)	Av 17. mai 1814	

Lover det er henvist til i teksten som enda ikke er trådt i kraft

2005	Lov om straff (Straffeloven)	Av 20. mai 2005	Nr. 28
------	------------------------------	-----------------	--------

Hentet fra: <http://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28?q=straffelov+2005>

Opphevede lover som det er henvist til i teksten

1965	Lov om strafferettsleg åtgjerder mot unge lovbrøytarar (Ungdomsreaksjonsloven)	Av 9. april 1965	
1953	Lov om barnevern (Barnevernloven)	Av 17. juli 1953	Nr. 14.
1928	Lov om oppdragende behandling av unge lovbrøytare (Arbeidsskoleloven)	Av 1. juni 1928	
1900	Lov om fattigvesnet (Fattigloven)	Av 19. mai 1900	
1896	Lov om behandlingen af forsømte børn (Vergerådsloven)	Av 6. juni 1896	Nr. 1.
1842	Den norske straffelov. Lov angaaende forbrydelser (Kriminalloven)	Af 20de august 1842	

Traktater

Barnekonvensjonen (BK)	FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York 20. november 1989
Torturkonvensjonen (TK)	FNs torturkonvensjon, 10. desember 1984
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
Menneskerettighetskonvensjonen (EMK)	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, Roma 10. desember 1948

Vedtak/Rapporter/Rundskriv

Komitéen for barns rettigheter (2013) *Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para.1)*.*

Barne- og likestillingsdepartementet, Utenriksdepartementet (2008) *Barnets rettigheter. Norges fjerde rapport til FNs komité for barns rettigheter – 2008.* Oslo: Departementet

Komitéen for barns rettigheter (2007) *Generell kommentar nr. 10 (2007) Rettighetene til barn som er i konflikt med loven.*

General Assembly resolution 3452 (1975) *Declaration of the protection of all persons from being subjected to torture and other cruel, inhuman og degrading treatment or punishment.*

Forskrifter

Rettighetsforskriften *Forskrift av 15. november 2011 nr. 1103 rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon*

Hentet fra: <https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2011-11-15-1103>

Forskrift 22. Februar 2002 nr. 183 til lov om straffegjennomføring

Hentet fra: <https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2002-02-22-183>

Påtaleinstruksen *Forskrift 28. Juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten*

Hentet fra: <http://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/1985-06-28-1679>

Retningslinjer, handlingsplaner

Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven) og til forskrift til loven Fastsatt 16. Mai 2002
Revidert 27. Oktober 2008

Handlingsplan (2005-2008) *Sammen mot barne- og ungdomskriminalitet*. Oslo: Justis- og politidepartementet.

Rec (2006)2. *Ministerkomiteens rekommandasjon til medlemsstatene om de europeiske fengselsreglene*. Vedtatt 11. Januar 2006

Forarbeider

NOUer

NOU 2008:15	<i>Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll</i>
NOU 2004:23	<i>Barnehjem og spesialskoler under lupen. Nasjonal kartlegging av omsorgssvikt og overgrep i barnevernsinstitusjoner 1945-1980</i>
NOU 2003:15	<i>Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff</i>
NOU 2001:32	<i>Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)</i>
NOU 2000:12	<i>Barnevernet i Norge. Tilstandsvurdering, nye perspektiver og forslag til reformer.</i>

Proposisjoner

Prop. 106 L (2012-2013)	<i>Endringer i barnevernloven</i>
Prop. 111 S (2011-2012)	<i>Tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet 2012</i>
Prop. 135 L (2010-2011)	<i>Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (Barn og straff)</i>
Ot.prp. nr 31 (2006-2007)	<i>Om lov om endringer i straffegjennomføringsloven mv. (tiltak for å avvikle soningskøen og bedre innholdet i soningen mv.)</i>
Ot.prp nr 76 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemdene for barnevern og sosiale saker mv.)</i>
Ot.prp. nr 90 (2003-2004)	<i>Om lov om straff (straffeloven)</i>
Ot.prp. nr 45 (2002-2003)	<i>Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (Innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)</i>
Ot.prp. nr 5 (2000-2001)	<i>Om lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomfø-</i>

ringsloven)

Nettsider

www.ssb.no : Tabell152, straffereaksjoner, etter type reaksjon, alder og kjønn

www.restorativejustice.no

www.konfliktraadet.no

<http://www.kriminalomsorgen.no/bjoergvin-fengsel-ungdomseininga.5061597-242495.html>